CHAPITRE II

DÉTERMINATION DE LA NATIONALITÉ FRANÇAISE A RAISON DE L'ORIGINE

91. Notions historiques. Les systèmes en présence. – La détermination de la nationalité d'origine peut obéir à deux facteurs: la filiation ou le lieu de naissance. L'histoire montre qu'ils ont été tour à tour retenus.

L'Antiquité, dans la mesure où on peut rapprocher le *status civitatis* de la nationalité moderne, semble avoir nettement pris parti pour la *filiation*: la cité apparaît comme un groupe de familles, non d'individus; lui appartient celui qui est membre d'une de ces familles[1]. Au Moyen Age le lien établi par le système féodal entre la hiérarchie des personnes et celle des terres conduit à considérer au contraire, pour l'allégeance politique, le *lieu de naissance*, *jus soli* [2], mais à la fin de l'ancien droit et probablement dès le XVII^e^ siècle (v. Weiss, I, p. 43) sinon même plus tôt[3] le *jus sanguinis* réapparaît à côté du *jus soli*. Bien que «la seule naissance dans le royaume donne des droits de nationalité indépendamment de l'origine

---

91. (1) V. de Lapradelle, *De la nationalité d'origine*, pp. 5 et s.; Weiss, I, pp. 34 et s. Girard, *Manuel élém. de dr. romain*, 8^e^ éd. par Senn, p. 117; cf. Fustel de Coulanges, *La Cité antique*, pp. 143 et s.

(2) «Tout homme qui n'est né dedans le royaume, écrit Bacquet au XVII^e^ siècle... est appelé aubain... Les vrais et naturels Français sont ceux qui sont nés dedans le royaume.» (*Traité du droit d'aubaine*, 1^re^ partie, ch. 2, n. 1 et 2). V. aussi Declareuil, *Histoire générale du droit français*, p. 199; Brissaud, *Histoire du droit français*, II, p. 1755; Kiéfé, *L'allégeance*, in *La nationalité dans la science sociale et le droit contemporain*, p. 47. Même pour une période ultérieure on a pu considérer que «ce qui constitue le Français... c'est le désir qu'il témoigne d'obéir au roi de France» (M. Vanel, *Évolution historique de la notion de Français d'origine du XVI^e^ siècle au Code civil*, thèse Paris, 1944, pp. 86-87).

(3) V. pour l'ensemble de cet historique les exposés de J. Maury, *Rép. La Pradelle et Niboyet*, n. 43; et de M. Vanel (thèse préc.), qui considère même que le *jus sanguinis* existait dès le XVI^e^ siècle, et a dû être connu au Moyen Age. Dans le même sens A. Lefebvre-Teillard, art. préc. (*supra*, n. 84, note 1). Le regnicole devait être né en France de parents français. Par la suite les deux conditions auraient été disjointes pour augmenter le nombre des Français. Sur l'influence des considérations successorales à ce sujet, v. Vanel, R. 1946.220. Pour une référence de la jurisprudence moderne au *jus soli* de l'ancien droit, v. Req. 17 juill. 1843, *Rép. gén. Dalloz*, v^o^ *Droits civils*, n. 127.

des père et mère et de leur demeure», les enfants nés à l'étranger d'un père français (ou d'une Française s'ils sont illégitimes) sont français pourvu que leur père ou leur mère ait conservé l'esprit de retour(4).

Bien que les lois révolutionnaires aient d'abord suivi l'ancien droit pour pencher ensuite vers le *jus soli*, peut-être en haine des émigrés, il faut sans doute attribuer à l'exaltation révolutionnaire du sentiment national la prépondérance finale dans le Code civil du *jus sanguinis* (5): la nationalité française ne saurait résulter du fait accidentel et extérieur du lieu de naissance, elle touche à la nature profonde de l'homme, telle que celle-ci résulte de l'hérédité. Sont français les enfants de Français.

On a vu sous l'influence de quels facteurs le *jus soli* a réapparu au XIXe siècle (n. 87). Cette histoire récente permet de considérer que ni l'un ni l'autre des deux systèmes en présence ne s'impose à titre exclusif.

Si on cherche autant que possible à consacrer en droit la nationalité de fait, il faut convenir que l'hérédité joue un rôle primordial dans la constitution de la mentalité. Bien plus, le second facteur de cette formation mentale est l'éducation: or la famille y joue le rôle principal.

Seulement l'influence du *milieu* n'est pas niable non plus dans l'éducation, et peut devenir prépondérante si la famille s'y prête ou ne joue pas son rôle. Mais l'État ne saurait toujours attendre que les intéressés constatent eux-mêmes la transformation de leur propre mentalité, car ils peuvent trouver avantageux de s'y refuser. Un pays d'immigration a un intérêt évident à dissoudre les noyaux étrangers en formation sur son territoire, et l'assimilation légale aux nationaux accélère psychologiquement l'assimilation de fait si celle-ci est suffisamment amorcée.

Dans ces conditions il appartient à chaque État de combiner le *jus sanguinis* et le *jus soli* en fonction de sa situation démographique et des conséquences qui en découlent pour les intérêts généraux dont il a la garde(6). De fait le droit comparé enseigne que la grande majorité des États conjuguent, selon des modalités variées, les deux principes(7). Ces modalités expriment des présomptions d'assimilation, mais qui n'admettent pas la preuve contraire, étant donné la portée de la matière, qui doit la soustraire à toute incertitude, et étant donné aussi que ces présomptions ont une tendance consciente dans les pays d'immigration à «devancer» la réalité.

91. (4) Pothier, *Traité des personnes*, Ire partie, titre II, sect. I.

(5) V. dans Maury, n. 44, la considération des émigrés et les hésitations des travaux préparatoires; le premier projet de Code civil adopte le *jus sanguinis*. Le Conseil d'État lui juxtapose le *jus soli* sous l'influence de Bonaparte, soucieux des besoins militaires (v. le procès-verbal de la discussion, reproduit in *Naissance du Code civil*, 1989, p. 136 et s.). Mais le Tribunat y vit un vestige de la féodalité et assura la prépondérance quasi totale du *jus sanguinis*.

(6) Et on sait que l'intérêt national passe facilement ici avant celui de l'ordre international (n. 25). V. pour une conclusion beaucoup plus individualiste, P. de Lapradelle, *De la nationalité d'origine* in *La nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, p. 209; sur l'influence du facteur familial, A. de Lapradelle, *De la nationalité d'origine*, 1893.

(7) D'après le tableau de *Harvard Law School*, en 1929, 17 États se fondaient exclusivement sur la filiation, 25 lui maintenaient la prépondérance tout en donnant effet au lieu de naissance, 27 penchaient pour la prépondérance inverse, V. P. de Lapradelle, *op. cit.*, pp. 209-222; Cf. Schnitzer, *Z. für Schweizerisches Recht*, t. 71, pp. 810-815; Perma Marinho, *Tratado sobre a nacionalidade*, Rio, 1961; Moosmayer, *Der Gebietsgrundsatz in Staatsangehörigkeitsrecht*, 1963, et le c.r., R. 1964.405.; Groot, *Staatsangehörigkeitsrecht im Wandel*, 1989 (et le c.r., par A. Kohl, R. 1990. 597), qui fait le point sur l'évolution de ce droit dans neuf États d'Europe occidentale.

92. Du Code de 1945 à la loi du 22 juillet 1993. – Malgré l'influence croissante du *jus soli*, le système français de nationalité d'origine reste encore bâti sur la filiation, laquelle doit toujours être recherchée pour qu'on puisse au moins discriminer si elle est attributive de nationalité ou s'il faut se référer au lieu de naissance. L'influence du lieu de naissance lui-même dépend au surplus de la filiation: la naissance en France donne la nationalité française à celui dont l'un des parents au moins y est lui-même né (art. 23, C. nat., 19-3 c. civ.).

Ces principes produisaient leurs effets, dans le Code de 1945, selon une double distinction, entre la filiation légitime et la filiation naturelle, d'abord, entre le père et la mère ensuite. Alors que dans la filiation légitime le rôle du père, qu'il fût français lui-même ou simplement né en France, était privilégié par rapport à celui de la mère, en ce sens que la nationalité attribuée à l'enfant à raison de sa filiation paternelle l'était toujours à titre définitif, sans faculté de répudiation, dans la filiation naturelle les difficultés et les incertitudes de l'établissement de la filiation avaient conduit le législateur à exercer un contrôle plus strict sur cet établissement et à donner la préférence, quant aux effets de nationalité, à celui des deux parents à l'égard de qui la filiation de l'enfant avait d'abord été établie(1).

Ces distinctions ont été abolies par la loi du 9 janvier 1973 en raison de leur contrariété aux principes d'égalité des parents et d'égalité des filiations affirmés par les récentes réformes de l'autorité parentale et de la filiation (*supra*, n. 86-1).

Cette loi n'avait apporté que des retouches mineures à la détermination de la nationalité à raison de la simple naissance en France, envisagée indépendamment de tout lien de filiation. C'est la loi du 22 juillet 1993 qui, revenant sur la règle traditionnelle faisant acquérir de plein droit la nationalité française à sa majorité à l'enfant né en France de parents étrangers nés à l'étranger, s'il résidait en France depuis au moins cinq ans (art. 44 c. nat.), a imposé à cet enfant une manifestation positive de

92. (1) L'article 28 précisait que si la filiation de l'enfant naturel résultait à l'égard du père et de la mère du même acte ou du même jugement, elle était réputée avoir été établie d'abord à l'égard du père. Cette distinction entre enfants légitimes et naturels datait de 1889. Auparavant, la jurisprudence appliquait aux enfants naturels, dans le silence des textes, les règles écrites pour les enfants légitimes (Req. 22 déc. 1874, S. 75.1.423). La rédaction de l'art. 8-1°, al. 2, C. civ. par la loi du 26 juin 1889 présentait d'ailleurs un défaut célèbre dans l'emploi d'une formule générale attribuant à l'enfant naturel la nationalité de son père s'il était connu en même temps que la mère: cette disposition avait conduit la Cour de cassation à déclarer russe l'enfant naturel d'un Polonais russe et d'une Italienne alors que la loi russe ne lui donnait pas cette nationalité (Civ. 2 juin 1908, D.P. 1912.1.457, S. 1911.1.385). La loi de 1927 corrigea cette erreur, par l'emploi d'une formule unilatérale concernant seulement le parent français. V. pour un tableau des systèmes Y. Gonset, *La nationalité de l'enfant naturel en droit comparé*, 1977.

volonté en faveur de la nationalité française. Bien qu'il s'agisse d'une nationalité acquise pour l'avenir seulement, et sans rétroactivité, elle n'en est pas moins fondée sur l'origine de l'intéressé et constitue le prolongement naturel de la nationalité d'origine proprement dite.

93. Division. – On étudiera la détermination de la nationalité à raison successivement de la filiation et de la naissance en France, en distinguant, dans chaque cas, suivant que cette circonstance est attributive d'une nationalité d'origine, c'est-à-dire d'une nationalité qui date de la naissance, ou suivant qu'elle a simplement pour effet de faire acquérir à l'enfant, à un moment donné et sans rétroactivité, la nationalité française. Il sera constaté que, dans toutes ces hypothèses, la loi a prévu diverses facultés d'option, soit pour répudier, soit pour réclamer la nationalité française. Celles-ci obéissent à des règles communes qui feront l'objet d'une troisième série de développements.

SECTION I. – *Détermination de la nationalité française à raison de la filiation.*

94. Économie de la loi. – La filiation, légitime ou naturelle, à l'égard d'un Français est attributive de la nationalité française d'origine, sous réserve d'une distinction selon que les deux parents sont français ou qu'un seul d'entre eux possède la nationalité française. Il en est de même de l'adoption plénière depuis la loi du 22 décembre 1976.

L'adoption simple, à laquelle est assimilé le fait d'être recueilli et élevé en France, obéit à des règles différentes. Elle ouvre seulement à l'enfant, si l'adoptant est une personne de nationalité française, une faculté de réclamation de cette nationalité. D'autre part l'acquisition de la nationalité française par les parents d'un enfant après la naissance de celui-ci est également pour ce dernier un cas d'acquisition de la nationalité française.

§ 1. Nationalité d'origine à raison de la filiation.

95. Enfant né d'un ou de deux parents français. – Aux termes des articles 17 et 19 C. nat. (18 et 18-1 c. civ.) « est français l'enfant, légitime ou naturel, dont l'un des parents au moins est français » – « Toutefois si un seul des parents est français, l'enfant qui n'est pas né en France a la faculté de répudier la qualité de Français dans les six mois précédant sa majorité et dans les douze mois la suivant. Cette faculté se perd si le parent étranger ou apatride acquiert la nationalité française durant la minorité de l'enfant ». Ainsi, pour que la nationalité française de l'enfant soit fixée définitivement, sans faculté de répudiation, la nationalité française d'un seul parent ne suffit plus. Il faut qu'elle soit renforcée par un autre élément qui peut être, soit la naissance en France de l'enfant, soit la nationalité française de l'autre parent, laquelle, si elle n'est acquise qu'après la naissance de l'enfant, lui fait perdre sa faculté de répudiation(1).

La nationalité française d'origine étant attribuée dès la naissance de l'enfant, la nationalité du parent « donneur » de nationalité doit être appréciée au jour de la naissance de l'enfant. Si donc l'un des parents change de nationalité entre la conception et la naissance(2) ou entre la naissance et la date d'établissement de la filiation(3), c'est la date de la naissance qui doit être retenue.

La règle s'appliquera également en cas de divorce des parents entre la conception et la naissance de l'enfant. La nationalité des parents à prendre en considération est celle qu'ils ont à la naissance de l'enfant et non à la date du divorce. Et la prépondérance du parent français doit subsister même si la garde de l'enfant – dont l'attribution n'est jamais que provisoire – est confiée au parent étranger(4).

Une adaptation de la règle est nécessaire en cas de décès du père avant la naissance de l'enfant. La pratique de la chancellerie, conforme à l'esprit du texte, est de tenir compte de la nationalité qu'avait le père au jour de son décès(5).

95-1. – Signification de ces solutions. – Ces solutions nouvelles traduisent un déclin de l'influence paternelle et un maintien de l'influence maternelle. Le Code de 1945 avait repris la solution traditionnelle, remontant à 1804 (art. 10, C. Nap.), en attribuant définitivement la nationalité française à l'enfant, même né à l'étranger, d'un père français. Cette prépondérance du père, qui avait survécu à l'abandon en 1927 du principe de l'unité de nationalité des époux, était contraire au principe d'égalité des sexes et est apparue comme en discordance avec la suppression de la qualité de chef de famille du mari (L. 4 juin 1970). Elle présentait au surplus l'inconvénient de perpétuer la nationalité française *in infinitum* chez les descendants de Français émigrés à l'étranger à l'encontre de leur nationalité effective. Le

---

95. (1) Tandis que dans le cas inverse, la perte de la nationalité française de l'un des parents après la naissance de l'enfant demeure sans effet sur la nationalité de ce dernier.

(2) V. Cass. Belgique 18 avril 1887, D.P. 89.2.9, S. 88.4.25. En ce sens, Niboyet, I, n. 149 ; Aubry et Rau, 7e éd., par Ponsard, I, § 69, note 3 ; Louis-Lucas, *La nationalité française*, p. 34 ; Maury, *Rép. La Pradelle et Niboyet*, vº *Nationalité*, n. 204 et s. ; Loussouarn et Bourel, n. 560 ; Audit, nº 943. Pratiquement, d'ailleurs, la date de la conception est toujours plus ou moins incertaine.

(3) V. en cas de reconnaissance, Civ. 5 févr. 1956, R. 1957.273 ; 5 mars 1957, R. 1958. Somm.761 ; cf. Paris 8 juill. 1950, J.C.P. 1950.II.5807, note Aymond ; Civ. 19 févr. 1975, J. 1975.840, chr. Aymond ; Civ. 28 juin 1989, R. 1990.79, note P.L. (à propos du décret du 6 sept. 1933, applicable à Madagascar).

(4) En ce sens, Maury, *loc. cit.*, n. 198 ; Loussouarn et Bourel, n. 560.

(5) En ce sens, Aymond, *J.-Cl. dr. int.* fasc. 502-B, n. 72, qui invoque à l'appui de cette solution l'art. 171, al. 2, C. civ. ; Niboyet, I, n. 149, sous une réserve. V. cependant, pour la nationalité de la mère, Maury, *Rép. cit.*, n. 206 ; Boulbès, *Dr. fr. de la nat.* 1957, n. 187. Sur les rapprochements de textes invoqués à l'appui de cette solution, v. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Cours de dr. civ.*, 2e éd., II, n. 37.

Code de 1945 y remédiait par la perte de la nationalité française en cas d'établissement prolongé à l'étranger (art. 95), mais cette règle a toujours été d'un maniement difficile (*infra*, n. 132). La loi de 1973 met fin à cette anomalie: désormais l'enfant né à l'étranger et dont un seul des parents est français pourra très simplement répudier sa nationalité française dans les six mois précédant sa majorité et (depuis la loi du 22 juillet 1993) dans les douze mois la suivant, si cette nationalité n'est pas effective. Si ses deux parents sont français, il y a plus de chances que sa nationalité française soit effective.

Encore faudra-t-il qu'il le fasse, sinon il restera français. La loi de 1973 a par là maintenu, tout en l'élargissant, la solution antérieure attribuant la nationalité française à l'enfant d'une mère française, sauf faculté de répudiation en cas de naissance à l'étranger. L'ascendance légitime maternelle n'a en effet longtemps eu aucune influence, au moins directe, sur la nationalité, c'est la loi de 1927 qui déclara Français l'enfant légitime, *né en France*, d'une Française (art. 1er-3o). La disposition était une des innovations principales de cette loi. Elle se reliait à l'autre nouveauté importante de la réforme, qui a consisté dans le maintien de sa nationalité à la Française épousant un étranger: le législateur a eu en vue les nombreux foyers fondés en France par des immigrés ayant épousé une Française, et a voulu consacrer en droit la nationalité française de fait de la femme et des enfants, la première comme les seconds ayant été, dans la plupart des cas, élevés en Francs et étant destinés à y faire souche.

Le Code de la nationalité avait étendu la règle, attribuant aussi notre nationalité, et *sans la condition de naissance en France*, non seulement à l'enfant légitime d'une Française et d'un père de nationalité inconnue (ou sans nationalité, art. 18-1o), ce qui était très défendable puisque la nationalité de la mère était la seule que les parents pouvaient transmettre[1], mais également à l'enfant légitime *né à l'étranger* d'une Française et d'un étranger de nationalité connue, sauf cependant dans ce dernier cas la faculté de répudier notre nationalité dans les six mois précédant sa majorité (art. 19-1o)[2]. Cette dernière solution, maintenue par le texte nouveau, avait soulevé des objections. Justifiée à l'époque (v. l'exposé des motifs du Code de 1945) par le souci de venir en aide aux Françaises ayant épousé un étranger et revenues en France après abandon par leur mari ou divorce, elle n'en est pas moins génératrice de conflits: s'agissant d'enfants légitimes élevés dans le pays étranger de leur père, l'effectivité est en effet du côté de la nationalité du père. Maintenant que la règle

---

95-1. (1) Le cas s'était présenté avant la réforme et avait dû être résolu par le refus de la nationalité française: Aix 24 févr. 1938. R. 1938.452, note Ancel; Civ. 6 juill. 1948, D. 1949.25, note P.L.P., R. 1949.302. *Adde* la disposition transitoire de l'art. 5 de la loi du 22 déc. 1961.

(2) La prépondérance du *jus sanguinis* sur le *jus soli* s'affirmait ainsi nonobstant la faculté de répudiation. On en a déduit (Boulbès. S. 1946.5.201) la justification de l'application de l'art. 19 aux enfants des agents diplomatiques et consuls de carrière. Le décret du 12 nov. 1938, pourtant peu favorable aux étrangers, avait estimé courtois d'étendre à la nationalité par filiation maternelle l'exemption diplomatique et consulaire du *jus soli*, la loi de 1927 ne l'ayant instituée que dans ses art. 2 et 4. L'art. 33, C. nat. ne réservant que les art. 23 et 24, il en résulte que l'art. 19 est aujourd'hui applicable aux enfants d'agents diplomatiques étrangers. Néanmoins l'art. 19 n'a pu être invoqué au Maroc «qu'avec l'assentiment de S.M. Chérifienne» (D. 2 oct. 1948, v. Rabat, 31 mai 1949. S. 1955 2.45, note Boulbès; 27 janv. 1953, *Rec. Penant*, 1953.353. note A. Weill; V. aussi. et sur l'application de l'article 19 en Tunisie d'après la convention du 3 juin 1955, R. Boulbès, *Droit fr. de la nationalité*, p. 81; Aymond. *J.-Cl. de dr. int.*, fasc. 504). L'art. 19 a été écarté dans les rapports franco-vietnamiens (art. 9 conv. 16 août 1955; v. Trib. pol. Lourdes 27 avril 1967, J.C.P. 1968.II.15497. note Aymond).

est étendue aux enfants naturels, c'est plutôt la transmission de la nationalité française du père à l'enfant naturel vivant à l'étranger auprès de sa mère étrangère (hypothèse fréquente comme en témoigne l'abondant contentieux franco-allemand en matière de filiation, v. *infra*, n. 475) qui contredit l'effectivité. Dans les deux hypothèses, la faculté de répudiation, qui devrait atténuer les inconvénients de la règle, sera souvent en fait ignorée des intéressés, surtout s'ils résident à l'étranger[3].

96. Adoption plénière. – Dans le Code de la nationalité, l'adoption plénière, selon l'appellation heureusement introduite par la loi du 11 juillet 1966 au lieu de celle de «légitimation adoptive», était seulement source d'acquisition de plein droit de la nationalité française si l'adoptant ou, dans le cas d'adoption par deux époux, si l'un des adoptants était français (art. 35)[1]. La solution était en accord avec le caractère non rétroactif de l'adoption plénière en droit civil (art. 355, C. civ.). Elle s'harmonisait moins bien cependant avec la règle selon laquelle l'adoption plénière «confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine» (art. 356) et elle avait surtout l'inconvénient, aux yeux du législateur, de faire apparaître le caractère adoptif de la filiation en cas de délivrance d'un certificat de nationalité, ce dernier devant viser l'article 35 du Code de la nationalité.

C'est pourquoi la loi du 22 décembre 1976[2], abrogeant l'article 35, C. nat., a attribué la nationalité française d'origine à l'enfant adopté plénièrement par une personne de nationalité française «selon les distinctions établies aux articles 17 et 19, 21-1, 23 et 24» du Code de la nationalité. Les solutions indiquées précédemment (n. 95) doivent donc être transposées. Si les deux adoptants ou l'adoptant unique sont français, l'enfant est français définitivement. Si l'un des adoptants est français et l'autre étranger, l'enfant est français, sauf faculté de répudiation, à moins qu'il ne soit né en France ou que l'adoptant étranger n'acquière la nationalité française avant que l'enfant ait exercé sa faculté de répudiation[3].

Lorsque l'adoption plénière a été prononcée à l'étranger, ses effets en matière de nationalité ne sont plus subordonnés par la pratique adminis-

---

95-1. (3) Dans cette hypothèse d'incertaine effectivité, la conception élective de la nationalité, dont s'est réclamé le législateur de 1993 (*supra*, n. 87), aurait logiquement dû conduire à exiger de cet enfant une manifestation positive de volonté en faveur de la nationalité française.

96. (1) Rédaction L. 9 janv. 1973. Le texte de 1945 et celui de 1966 limitaient l'acquisition de la nationalité française au cas où le père adoptif était français. Le décret du 29 juillet 1939 instituant la légitimation adoptive avait seulement accordé à ses bénéficiaires le droit de réclamer la nationalité française.

(2) Art. 14, insérant un nouvel alinéa entre le premier et le second alinéas de l'art. 26, C. nat. (20 c. civ.), v. le commentaire P. Lagarde, R. 1977.182. Ce nouveau texte, introduisant un nouveau cas d'attribution de la nationalité d'origine, s'est appliqué à tous les enfants encore mineurs lors de son entrée en vigueur (art. 3. C nat., *supra*, n. 89).

(3) La transposition des articles 17 et 19 implique que la date à laquelle doit être appréciée la nationalité des adoptants est celle de la naissance de l'adopté et non celle de l'adoption (cf. *supra*, n. 95), ce qui n'est pas heureux (v. Lagarde, *La nationalité française*, n. 78). Sur les difficultés de transposition de l'art. 21-1 et l'absence de renvoi à l'art. 21, C. nat., v. Lagarde, R. 1977.182.

trative à l'exequatur de la décision d'adoption[4]. Celle-ci est cause d'attribution de la nationalité française, si du moins elle est assimilable à une adoption plénière française (rupture des liens avec la famille d'origine, irrévocabilité)[5].

97. Établissement de la filiation. – L'attribution de la nationalité française à raison de la filiation suppose une filiation légalement établie. Il n'est pas nécessaire que cette filiation soit établie dès la naissance de l'enfant. Du moins faut-il qu'elle le soit pendant sa minorité[1]. Cette condition, implicite dans l'article 26, est énoncée formellement dans l'article 29, C. nat. (20-1 c. civ.)[2]. C'est en effet à la majorité que la nationalité d'origine est considérée comme définitivement fixée (*supra*, n. 89), mais elle l'est rétroactivement. Comme l'article 3, l'article 26 (20 c. civ.) réserve la nationalité apparente de l'enfant[3].

La loi de 1973 a abrogé la règle qui figurait dans l'article 27, C. nat. et qui exigeait, pour que la filiation produise effet en matière de nationalité,

---

96. (4) Circ. 6 juil. 1979 (*J. Cl. civ.*, 1^er^ app., art. 7 à 21, fasc. C 5) qui revient sur la solution donnée antérieurement par la circ. 28 juil. 1976, R. 1976.813, spéc. 818. V., ayant tiré les conséquences de l'exequatur. Civ. 17 juin 1980, R. 1981.73, note Lagarde.

(5) L'exequatur demeure exigé pour un jugement étranger d'adoption simple (D. 10 juil. 1973, art. 15, 1°), qui permet à l'enfant de réclamer la nationalité française (v. *infra*, n. 98). V., critiquant cette différence de régime quant à l'exequatur, E. Poisson-Drocourt, *L'adoption internationale*, R. 1987.673, spéc. 702; pour une explication, P. Lagarde, *La nationalité française*, n. 160. V., contestant l'attribution de la nationalité française à raison d'une adoption prononcée à l'étranger, au motif que cette adoption n'était pas assimilable à une adoption plénière française, Paris 31 mai 1990, D. 1991.248, note Guiho.

97. (1) Niboyet avait remarqué que cette règle n'était pas en harmonie avec l'article 340 du Code civil (aujourd'hui 340-4) permettant l'exercice de la recherche de paternité dans l'année (aujourd'hui dans les deux années) suivant la majorité de l'enfant, et il proposait d'étendre d'autant le délai dans lequel la reconnaissance ou le jugement produit effet sur la nationalité (I, n. 155).

(2) V. sur l'application de la règle, Civ. 26 janv. 1959, J.C.P. 1959.II.11064, note Aymond, cassant Trib. Papeete 14 févr. 1957, R. 1958.762; 12 oct. 1959, J.C.P. 1959.IV.142; Ass. plén. 20 nov. 1992, J.C.P. 1993.II.22054, note F. Monéger, D. 1993.265, note Guiho (pour un acte constatant la possession d'état). Sur son extension à l'application des traités, Civ. 22 avril 1947, J.C.P. 1947.II.3752. R. 1948.73. Comp., faisant preuve d'indulgence, T.G.I Créteil 21 mai 1981, J.C.P. 1982. IV. 354 (reconnaissance); Paris 10 mai 1985, J. 1985.915, note H. Gaudemet-Tallon (adoption plénière prononcée en Allemagne après la majorité de l'enfant). La règle ne s'applique qu'à l'attribution, et non à l'acquisition de la nationalité française, v. Civ. 17 juin 1980, cité *supra*, n. 96, note 4.

Avant la loi de 1973, seule la filiation naturelle devait avoir été établie pendant la minorité de l'enfant (art. 29 ancien) pour produire effet en matière de nationalité. La distinction n'était qu'imparfaitement justifiée par l'idée qu'un établissement tardif de la légitimité, d'ailleurs rare, résulte en général d'erreurs ou d'accidents contre lesquels la vérité garde ses droits, car l'influence éducative d'une filiation légitime établie tardivement est aussi douteuse que celle d'une filiation naturelle. La différence de régime à cet égard créait d'ailleurs une difficulté particulière en cas de contestation tardive de la légitimité de l'enfant, v. Civ. 1°, 5 oct. 1965, R. 1967.303, note Batiffol, J. 1966.354, note P.A. et sur la preuve du mariage, v. Civ. 8 janv. 1974, R. 1974.625, note P. Lagarde, J. 1974.577, chr. Aymond, D. 1975.160, note N. Guimezanes.

(3) V. *supra*, n. 89 et Seine 24 oct. 1967, R. 1959.266, note Bischoff, J.C.P. 1969.II.16010, note H. Gaudemet-Tallon.

qu'elle ait été établie «dans les conditions déterminées par la loi civile française». Cette règle, critiquée et d'une interprétation malaisée[4], était source de complications, car, de l'avis général, elle résolvait les conflits de lois en matière de filiation de manière différente suivant que la question posée avait trait aux effets civils de la filiation ou à ses conséquences en matière de nationalité. Son abrogation implique que la filiation, pour produire effet en matière de nationalité, devra être établie selon la règle de conflit de droit commun, c'est-à-dire, depuis la loi du 3 janvier 1972, en principe selon la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant (art. 311-14 nouveau, C. civ.). Pour heureuse qu'elle apparaisse, cette simplification n'en risque pas moins d'être dangereuse pour l'enfant, dans le cas où la loi de la mère, supposée étrangère, sera plus stricte que la loi française pour l'établissement de la filiation paternelle. L'enfant, dont la filiation à l'égard d'un Français aurait pu être établie selon la loi française, pourra néanmoins se trouver dans l'impossibilité de l'établir selon la loi étrangère et, du même coup, de prétendre à l'attribution de la nationalité française[5].

§ 2. Nationalité acquise à raison de la filiation.

98. Adoption simple. – Aux termes de l'article 36 C. nat. (21 c. civ.) «l'adoption simple n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité». La règle est traditionnelle depuis la loi du 19 juin 1923 qui, ayant admis l'adoption des mineurs, en a décidé ainsi (art. 345 anc., C. civ.)[1]; elle trouve une explication dans le maintien, de règle depuis la loi du 11 juillet 1966, des liens entre l'enfant et sa famille d'origine (art. 364, C. civ.). Mais l'enfant adopté entre néanmoins dans sa famille adoptive, ce qui se traduit, dans le droit de la nationalité, par la possibilité pour lui

---

97. (4) Sur l'article 27, v. Boulbès, *Droit français de la nationalité*, n. 223 et s., et *Mél. Maury*, I, 75; Jacques Foyer, *Filiation illégitime et changement de la loi applicable*, 1965, n. 314 et s.; P. Lagarde, *Rép. Dalloz dr. int.*, v° *Nationalité*, n. 157 et s.; sur le droit comparé, Francescakis, *Rabels Z.*, 1968.466; Picone, *Norme di conflitto speciali per la valutazione dei presupposti di norme materiali*, Naples, 1969. Sur les conséquences de l'abrogation de l'art. 27, v. Aymond, *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 502-B, n. 76 et s.; P. Lagarde, *La nationalité française*, n. 80 et s. (notamment sur les difficultés concernant l'établissement de la filiation résultant d'un acte ou d'un jugement étranger).

(5) La loi de 1973 a cherché à parer à ce danger en ajoutant un second alinéa à l'article 150, C. nat. (31-2 c. civ.), afin de permettre au juge d'instance chargé d'établir le certificat de nationalité de présumer, à défaut d'autres éléments, que les actes étrangers d'état civil produits devant lui emportent les effets que la loi française y aurait attachés. Ce texte permettra de régler heureusement le cas dans lequel la loi étrangère ne sera pas établie, mais il ne sera d'aucune utilité lorsque aucun doute n'existera quant à la teneur d'une loi étrangère plus restrictive que la nôtre en matière de filiation.

98. (1) L'art. 36, c. nat. (21 c. civ.) s'applique aussi à l'enfant né en France adopté par un étranger lui-même né en France. v. P. Lagarde, commentaire préc., R. 1973.439, note 1.

de réclamer, jusqu'à sa majorité, la nationalité française s'il réside en France à l'époque de sa déclaration[2].

98-1. Enfants recueillis et élevés en France. – Par analogie avec les enfants adoptés, certains enfants « recueillis et élevés en France » bénéficient d'une faculté de réclamation de la nationalité française jusqu'à leur majorité. L'article 55, al. 2, (21-12 c. civ., réd. L. 1993), fait une distinction fondée sur le degré d'assimilation présumée de ces enfants. Ceux qui ont été recueillis en France et élevés soit par une personne (physique) de nationalité française, soit par le service social de l'aide sociale à l'enfance peuvent, comme les enfants adoptés, réclamer la nationalité française sans autre condition que leur résidence en France à l'époque de leur déclaration. Une condition supplémentaire est exigée des enfants recueillis en France et élevés soit par un organisme, public ou privé[1], autre que le service de l'aide sociale à l'enfance. Il faut qu'ils aient pu recevoir « pendant cinq années au moins, une formation française »[2].

La Cour de cassation a dû intervenir pour préciser que le texte, par les termes « recueilli et élevé », exigeait seulement que l'enfant étranger « ait été matériellement et moralement recueilli et élevé... sans que cette condition suppose une rupture totale des liens légaux qui l'unissaient à sa famille d'origine », telle par exemple qu'une mesure de déchéance de la puissance paternelle[3].

99. Acquisition par un parent de la nationalité française. – L'article 84 nouveau, C. nat. (22-1 c. civ.) dispose que « sous réserve que son nom soit mentionné dans le décret de naturalisation ou dans la déclaration de nationalité, l'enfant âgé de moins de dix-huit ans, légitime ou naturel, dont l'un des parents acquiert la nationalité française, devient français de plein droit s'il a la même résidence habituelle que ce parent ». Cette règle, dite souvent de l'effet collectif de la naturalisation, sera étudiée avec cette dernière (*infra*, n. 106, 120). Son domaine dépasse cependant largement celui de la naturalisation et s'étend à tous les modes d'acquisition de la nationalité française. Il suffit ici de constater que c'est encore la filiation de l'enfant qui lui permet de profiter du changement de nationalité de son auteur.

---

98. (2) V. art. 55, al. 1er, C. nat. (21-12 c. civ.), non modifié par les lois de 1973 et de 1976; v. *infra*, n. 106 et s. Si l'adoption a été prononcée à l'étranger, la réclamation de la nationalité française est subordonnée à l'exequatur préalable du jugement étranger. V. D. 10 juil. 1973, art. 15, 1°, Cf. *supra*, n. 96, note 5.

98-1. (1) L'organisme privé doit présenter les caractères déterminés par un décret en Conseil d'État, qui n'est jamais intervenu.

(2) Le texte antérieur à 1993 prévoyait également le cas de l'enfant recueilli en France, dans des conditions lui ayant permis de recevoir pendant cinq ans au moins une formation française, par un étranger résidant en France depuis cinq ans au moins.

(3) Civ. 8 janv. 1968, R. 1968.276, note P.L., J.C.P. 1968.II.15555, note Ancel, J. 1968.700, note Aymond, cassant Bourges 30 nov. 1965, D. 1966.455, note Delpech, R. 1966.605, note P. Lagarde; *adde*, sur renvoi, Limoges 11 mai 1970, R. 1970.665, note P.L., J. 1971.810, note Aymond.

100. Absence d'effet de la légitimation. – Le code de 1945 avait fait, comme la loi de 1927, de la légitimation par un père français un cas d'acquisition de la nationalité française (art. 34)[1]. La règle n'avait que fort peu d'occasions de s'appliquer, la légitimation supposant une filiation naturelle préalablement établie et celle-ci étant normalement attributive de la nationalité française. Pour que la règle joue, il fallait donc supposer que le père n'avait acquis la nationalité française qu'après la naissance de l'enfant et que ce dernier n'avait pas été compris dans l'effet collectif de cette acquisition, par exemple parce que la reconnaissance du père n'avait eu lieu qu'après celle de la mère, par hypothèse étrangère (cf. art. 84 ancien). La loi de 1973, en élargissant la portée de l'effet collectif de l'acquisition de la nationalité française par l'un ou l'autre des parents (art. 84 nouveau), a rendu ces hypothèses encore plus exceptionnelles[2]. Elle a donc pu abroger sans inconvénient l'article 34 et supprimer pour l'avenir tout effet à la légitimation sur la nationalité de l'enfant[3].

SECTION II. – *Détermination de la nationalité française à raison de la naissance en France.*

101. Division. – Dans une première série de cas, la naissance en France emporte attribution de la nationalité française d'origine. Il en est ainsi lorsqu'elle constitue le seul facteur de rattachement de l'enfant (enfant né de parents inconnus) ou lorsqu'elle est renforcée par la naissance en France de l'un des parents de l'intéressé. Dans d'autres cas, la naissance en France est moins significative, en tout cas moins efficace, et elle peut seulement, à la condition d'être renforcée par la résidence en France de l'intéressé, lui faire acquérir la nationalité française, sans rétroactivité.

---

100. (1) Avant 1927, faute de texte, la jurisprudence, comme la Chancellerie, refusaient tout effet de nationalité à la légitimation, v. Cluzel, J. 1908.719; Civ. 17 mars 1926, D.P. 1926.1.137. S. 1926.1.201, note Niboyet, R. 1926.398. rapp. A. Colin. La loi de 1927 n'avait pas précisé si l'obtention de la nationalité française par l'enfant légitimé l'était à titre de nationalité d'origine ou seulement pour l'avenir et les auteurs étaient divisés. V. pour la rétroactivité Beudant et Lerebours-Pigeonnière, II, n. 73; Niboyet, I, n. 160; *contra* Maury, *loc. cit.*, n. 102; Ancel, J. 1933.11; Aymond, note au J.C.P. 1951.II.6200 sous Rabat 29 mars 1950, rendu sur l'application de la loi de 1927. Le Code de 1945 avait choisi la seconde solution.

(2) Pratiquement les seuls cas de légitimation qui demeurent non couverts par d'autres dispositions semblent être ceux de l'enfant déjà marié lors de l'acquisition de la nationalité française par le parent qui le légitime, ou, en tout cas jusqu'à la L. 22 juil. 1993, de celui qui aurait fait l'objet d'une mesure d'opposition faisant obstacle à l'effet collectif de l'acquisition de la nationalité française par son auteur. Il n'existe en effet dans ces cas aucune raison décisive d'attacher à la légitimation un effet acquisitif de la nationalité française.

(3) Par voie de conséquence, elle a du même coup abrogé l'article 20 qui accordait une faculté de répudiation à l'enfant naturel d'une Française, légitimé par un père étranger, ainsi que l'article 93 qui faisait perdre la nationalité française à l'enfant naturel qui, devenu français à la suite de l'acquisition par sa mère de la nationalité française, avait été ensuite légitimé pendant sa minorité par un père étranger, seule hypothèse, dégagée en 1945, où pouvait se poser la question des effets d'une telle légitimation.

§ 1. Nationalité d'origine à raison de la naissance en France.

102. Enfant né de parents inconnus (art. 21, C. nat., 19 c. civ.). – Aux termes de l'article 21 du Code de la nationalité (19 c. civ.) «est français l'enfant né en France de parents inconnus». La solution s'impose dans l'ordre international si on tient à donner à chacun une nationalité, puisque le lieu de naissance est le seul élément de rattachement dans ce cas(1), et la politique française d'intégration dans notre nationalité du plus grand nombre possible d'individus concorde en ce sens. Aussi la solution avait-elle été admise par la jurisprudence(2) avant qu'elle ne fût consacrée par la loi en 1889 (art. 8-2°, C. civ.).

Mais la nationalité ainsi attribuée sur un élément à lui seul peu significatif a un caractère *provisoire*: l'intéressé (art. 21, § 2, 19 § 2 c. civ.) sera «réputé n'avoir jamais été français si au cours de sa minorité sa filiation est établie à l'égard d'un étranger, et s'il a, conformément à la loi nationale de son auteur, la nationalité de celui-ci».

Les commentateurs, dans le silence de la loi et en l'absence, semble-t-il, de jurisprudence, admettaient déjà avant 1945 ce caractère provisoire: la nationalité est fixée d'après la réalité. Encore faut-il, comme le précise le texte, que la filiation soit établie *pendant la minorité* de l'intéressé(3): l'abstention des parents anéantit normalement leur influence éducative; une reconnaissance tardive exprimera souvent le désir peu honorable de profiter de la réussite d'un enfant après s'être soustrait aux charges de son éducation; mieux vaut éviter d'ailleurs les changements tardifs de la nationalité réputée d'origine. Il faut d'autre part que l'établissement de la filiation attribue à l'enfant une nationalité étrangère: précaution contre l'apatridie(4).

Cette filiation peut être légitime ou naturelle. Bien que ni l'article 21 (19 c. civ.) ni le nouvel article 26, al. 2 – 20 c. civ. – (L. 22 déc. 1976, *supra*, n. 96) ne le précisent, il semble bien qu'elle puisse également consister en une adoption plénière(5).

102. (1) On a même pu voir dans la solution une obligation de l'ordre international: v. Maury, *loc. cit.*, n. 56 et les références aux travaux des corps savants et du comité des experts de la S.D.N.

(2) Req. 24 mars 1886, S. 89.1.251. La Cour de cassation de Belgique, par arrêt des Chambres réunies, avait cependant adopté la solution contraire (24 juin 1880, S. 81.4.17, concl. contr. du proc. gén. Faider); cf. aujourd'hui l'art. 10 du code de la nationalité belge du 28 juin 1984.

(3) La question était discutée avant 1945, v. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, II, n. 60. L'art. 21 établissant l'effet déclaratif, quant à la nationalité, de la preuve de la filiation, ne réserve pas, comme d'autres textes du Code, les droits des tiers et les actes passés par l'intéressé. L'extension de la réserve a été proposée (Maury, J.C.P. 1946.514, n. 13. Niboyet, I, n. 216; Aymond, *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 502-B, n. 56 qui fonde la solution sur l'article 26, C. nat.).

(4) Le texte n'exige pas que cette nationalité étrangère soit conférée à titre de nationalité d'origine. Elle peut donc être simplement acquise. V. P. Lagarde, *La nat. française*, n. 90; Aymond *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 502-B, n. 53.

(5) V. Lagarde, *op. cit.*, n. 90 et R. 1977.182. L'esprit de l'institution commanderait même de dépasser la lettre de l'art. 21 et de décider que l'adoption plénière par des étrangers fait perdre sa nationalité française à l'enfant né (ou non) en France, même si sa filiation avait antérieurement été établie à l'égard de parents français. L'adoption plénière, selon la

Le même souci d'éviter l'apatridie a conduit le législateur de 1973 à étendre l'attribution de la nationalité française aux enfants nés en France de parents connus (ou adoptés plénièrement par des parents connus, v. *supra*, n. 96), mais qui ne peuvent lui transmettre leur nationalité, soit parce qu'ils sont eux-mêmes apatrides (art. 21-1, 1°), soit parce que leur loi nationale ne prévoit pas cette transmission (art. 21-1, 2°), ce qui n'est pas rare en cas de filiation naturelle(6).

La même loi consacre enfin (art. 22, 19-2 c. civ.) une solution généralement admise par les auteurs(7): l'attribution de la nationalité française à l'enfant «dont l'acte de naissance a été dressé conformément à l'article 58, C. civ.», c'est-à-dire au nouveau-né *trouvé* en France; il y a en effet présomption de fait qu'il est né en France, et il y a lieu de revenir au principe que tout individu doit avoir une nationalité. L'article 22 (19-2 c. civ.) réserve d'ailleurs implicitement la preuve contraire à la présomption.

103. Enfant né en France d'un parent étranger qui lui-même y est né (art. 23, C. nat., 19 c. civ.). – Aux termes de l'article 23 C. nat. (19 c. civ.), réd. L. 1973, «est français l'enfant, légitime ou naturel, né en France lorsqu'un de ses parents au moins y est lui-même né». Et il faut rappeler que, depuis la loi du 22 décembre 1976, la règle s'applique également à l'enfant qui a fait l'objet d'une adoption plénière (v. *supra*, n. 96). Cette disposition, introduisant dans notre droit une nationalité d'origine par la vertu exclusive du *jus soli*, remonte à la loi du 7 février 1851(1). La double naissance en France du parent et de l'enfant est présumée signifier que les grands-parents ont déjà vécu en France, que le père ou la mère y a reçu son éducation, que l'enfant y sera vraisemblablement élevé: l'assimilation est donc suffisante pour justifier l'attribution de la nationalité

conception légale, fait en effet disparaître complètement la filiation antérieure, dont rien ne doit plus, en droit, subsister.

102. (6) V. une application, Trib. gr. inst. Avesnes-sur-Helpe 21 mars 1975, R. 1975.623, note P. Lagarde, J. 1976.659, note Aymond. Le premier cas avait été prévu par la loi de 1889 (art. 8-2°. C. civ.) et par celle de 1927 (art. 1er-7°), mais il avait été malencontreusement abandonné par le décret du 12 nov. 1938 (art. 10), sous l'influence des tendances xénophobes de l'époque. Le second cas comble heureusement une lacune qui avait été dénoncée depuis longtemps (v. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, II, n. 59 et les réf.: cf. Seine 24 mai 1932, D.P. 1934.2.5, note Nast, S. 1933.2.145, note Niboyet).

Le texte nouveau n'indique pas de solution pour le cas où les parents de l'enfant, pendant sa minorité, cesseraient d'être apatrides, ni pour celui où l'enfant, reconnu dès sa naissance par un parent de nationalité connue qui ne lui transmet pas sa nationalité, serait ensuite reconnu par un autre qui lui transmet la sienne. La disparition rétroactive de la nationalité française pourrait s'induire, par analogie, de l'art. 21, al. 2. (19 al. 2 c. civ.) Le projet initial du gouvernement était d'ailleurs en ce sens et il n'a été modifié que pour des raisons de forme.

(7) V. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, II, n. 59; Niboyet, I, n. 217. Cf. conv. La Haye 1930, art. 15; v. déjà Seine 5 nov. 1910, R. 1911.108. La loi allemande sur la nationalité consacre le même résultat, mais reste fidèle au *jus sanguinis* en présumant l'enfant trouvé en Allemagne enfant d'un auteur allemand (loi 22, juil. 1913, art. 4).

103. (1) La L. 1881 déclarait français tout entant né en France d'«un étranger» qui lui-même y était né, sans distinguer entre le père et la mère, v. Req. 7 déc. 1891, S. 1892.1.81, note Pillet.

française[2] et, sur la recommandation de la Commission de la nationalité la règle a été maintenue dans son principe par la loi du 22 juillet 1993.

Il est assurément possible que la double naissance en France ait un caractère accidentel; de fait la loi de 1851, tenant compte de cette éventualité, et pour ménager sans doute les transitions, réservait à l'intéressé la faculté de répudier notre nationalité à sa majorité. Cette faculté, dont le régime a varié au cours des temps[3] a été maintenue par la loi du 9 janvier 1973 et légèrement modifiée par celle de 1993. La faculté de répudiation est accordée à l'enfant dans les six mois précédant sa majorité ou dans les douze mois la suivant, si un seul de ses parents, père ou mère, est né en France. Mais elle ajoute logiquement que cette faculté sera perdue si l'un des parents, et pas seulement, comme dans le texte antérieur, le parent né à l'étranger, acquiert la nationalité française durant la minorité de l'enfant (art. 24 nouveau, C. nat., 19-4 c. civ.)[4].

La présomption est cependant controuvée, et écartée par la loi (art. 33, C. nat., 20-5 c. civ.) en vertu d'une idée traditionnelle et légitime de courtoisie, pour les enfants des agents diplomatiques et des consuls de carrière[5], qui ont toutefois la faculté d'acquérir volontairement la nationalité française conformément à l'article 44 nouveau, C. nat., 21-7 c. civ. (v. *infra*, n. 104 et s.).

Mais en dehors de ce cas il n'est pas permis de prouver, à l'encontre de la présomption, que la double naissance en France ne correspond pas à un établissement permanent du parent en France, car la loi a établi un système précisément destiné à éliminer les incertitudes que cette preuve soulèverait. Et cette disposition a l'avantage précieux de permettre, par sa simplicité, la seule preuve décisive, même pour les Français *jure sangui-*

---

103. (2) V. en ce sens le rapport à la Chambre sur la loi de 1889, cité par Niboyet, I, n. 197, p. 248. Sur la preuve de la naissance en France, v. Civ. 9 janv. 1974, R. 1975.257, note Huet, J.C.P. 1974.II.17834, note Aymond.

(3) La L. 16 déc. 1874 la subordonna à la preuve de la conservation d'une nationalité étrangère et permit au mineur d'y renoncer. La L. 26 juin 1889 (art. 8-3°, al. 1er, C. civ.) la supprima, mais elle fut rétablie par la L. 22 juill. 1893 dans le cas où la mère seule, et non le père, était née en France. Cette distinction entre le père et la mère était passée dans la L. 1927 (art. 2), puis dans le Code de 1945 (art. 24) qui distinguait également entre les filiations légitime et naturelle, le premier parent naturel étant assimilé au père légitime (*supra*, n. 92). Toute ces distinctions ont été abolies par la L. 9 janv. 1973.

(4) Dans le même esprit, il a été jugé à juste titre que l'enfant né en France d'un père étranger né à l'étranger et d'une mère française née en France ne pouvait se prévaloir de l'article 24 pour répudier la nationalité française. Cet enfant est en effet français sans faculté de répudiation en vertu de l'art. 17 c. nat. (T.G.I. Albertville, 5 mars 1991, D. 1991.518, note Guiho).

Si la filiation de l'enfant naturel n'est établie qu'à l'égard d'un seul de ses parents, qui est né en France, une interprétation stricte du texte ne devrait pas conduire à lui accorder la faculté de répudier, contrairement à l'esprit de la règle.

(5) On peut aussi signaler que le nombre des Belges réfugiés en France pendant la guerre de 1914-1918, de manière évidemment accidentelle, a fait juger opportun de ressusciter (L. 18 oct. 1915), en faveur de leurs enfants tombant sous l'application de notre règle, la faculté de répudiation. V. sur le délai d'option la convention franco-belge du 24 janvier 1921.

nis, de la nationalité d'origine, bien que la réforme de 1973 ait restreint sa portée (v. n. 152). Ceux dont elle méconnaît la nationalité effective auront recours aux règles sur la perte de la nationalité française (art. 87 et 91, C. nat., 23 et 23-4 c. civ.): leur nombre paraît en fait assez infime pour que la règle ne soit plus discutée aujourd'hui dans son principe[6].

L'article 23 s'est appliqué aussi aux enfants nés en France de parents nés en territoire alors français mais ayant accédé entre-temps à l'indépendance. En effet, pour l'application de l'article 23, la France s'entend au sens des articles 6 et 8 du code de la nationalité, sous réserve des territoires où elle est encore exclue (art. 161, *supra*, n. 88). Il en est résulté que *les enfants nés en France depuis le 1er janvier 1963 de parents nés en Algérie avant l'indépendance se sont vu attribuer la nationalité française* comme nés en France d'un parent né sur un territoire alors français, quand bien même les parents auraient perdu la nationalité française, faute d'avoir souscrit dans les délais une déclaration de reconnaissance de la nationalité française (n. 76)[7]. Et la même règle s'est appliquée aux enfants nés en France d'un parent né dans un ancien territoire d'outre-mer devenu indépendant pour lesquels elle a même été réitérée par l'article 23 de la loi du 9 janvier 1973 (et non du code lui-même). Le législateur de 1993, estimant que la présomption d'intégration justifiant l'effet de nationalité attribué à la double naissance en France n'existait plus dans cette hypothèse, a décidé que les articles 23 et 24 du code de la nationalité cesseront de s'appliquer aux enfants nés en France après le 31 décembre 1993 d'un parent né sur un ancien territoire d'outre mer (cf. proposition n. 37 de la commission). Ces mêmes articles continueront cependant à s'appliquer aux enfants nés en France après le 31 décembre 1993 d'un parent lui-même né dans les anciens départements français d'Algérie avant le 3 juillet 1962, mais à la condition nouvelle que ce parent justifie d'une résidence régulière en France depuis cinq ans (art. 44 L. 22 juil. 1993)[8].

---

103. (6) Il faut cependant relever, du point de vue international, que c'est une règle de même teneur qui a provoqué, pour la Tunisie, les protestations anglaises dont a été saisie la Cour de La Haye, et à la suite desquelles la loi française a reconnu aux intéressés une faculté d'option. L'incident prouve combien l'ordre international dépend des circonstances locales (v. *supra*, n. 88, note 2).

(7) V. Comm; 1ère inst. de séc. soc. Seine-St-Denis, 4 janv. 1972, R.1973.663, note Lagarde, J.1974.610, obs. P.A. Adde les nombreuses rép. min., notamment R.1978.796, 1980.148. V. aussi les études à la fois juridiques et sociologiques de J. Costa-Lascoux, *La nationalité des enfants d'Algériens en France, identité et appartenance*, in *Les Algériens en France*, 1985, p. 345-369; A. Sayad, *Les immigrés algériens et la nationalité française*, in *Questions de nationalité*, 1987, p. 127-197.

(8) On a prétendu déjouer ainsi la fraude de femmes algériennes enceintes venant en France dans le but d'y faire naître leur enfant et de lui assurer ainsi la nationalité française. A supposer le fait établi, s'agirait-il d'une fraude? La règle nouvelle, que la commission de la nationalité n'avait pas proposée, compliquera en tout cas pour ces enfants la preuve de leur nationalité française, puisqu'ils devront rapporter, souvent longtemps après les faits, la preuve de la régularité de la résidence en France de leur auteur avant leur naissance.

§ 2. Nationalité acquise à raison de la naissance et de la résidence en France.

104. Origines de l'article 44 du Code de la nationalité. – Selon l'article 44, al. 1er du code la nationalité (21-7 c. civ.), réd. loi 22 juil. 1993, « tout étranger né en France de parents étrangers peut, à partir de l'âge de seize ans et jusqu'à l'âge de vingt et un ans, acquérir la nationalité française à condition qu'il en manifeste la volonté, qu'il réside en France à la date de sa manifestation de volonté et qu'il justifie d'une résidence habituelle en France pendant les cinq années qui la précèdent ». L'exigence de cette manifestation de volonté est la modification la plus importante et la plus significative apportée par le législateur de 1993 au droit français de la nationalité qui, depuis la loi du 26 juin 1889, faisait acquérir de plein droit la nationalité française à l'enfant né en France de parents étrangers (enfant dit de la deuxième génération).

Le Code civil (art. 9) permettait en 1804 à l'individu né en France d'un étranger de réclamer la nationalité française à sa majorité s'il était domicilié en France ; s'il n'y était pas domicilié, il le pouvait aussi en « faisant sa soumission » de fixer en France son domicile et en l'y établissant dans l'année. Ces dispositions restèrent jusqu'en 1851 (v. n. 84) la seule manifestation du *jus soli*. La loi de 1889, accentuant l'influence de ce facteur, déclara français, sauf option contraire, l'enfant né en France d'un étranger né à l'étranger et qui, à l'époque de sa majorité, est domicilié en France[1] ; il peut, d'autre part, réclamer notre nationalité avant même sa majorité. La loi de 1927 a maintenu le système, mais en précisant que l'intéressé *devenait* français à sa majorité[2]. Le Code de la nationalité, accentuant légèrement à nouveau ici la tendance restrictive, exige au surplus que l'individu né en France y ait résidé dans les cinq années précédant sa majorité, c'est-à-dire, actuellement depuis l'âge de 13 ans[3] : exigence conforme à l'idée que l'attribution de la nationalité française ne doit pas jouer sur deux faits, peut-être accidentels, de naissance et de domicile en France à la majorité, mais consacrer l'assimilation résultant de la naissance et de la scolarité en France.

Le projet du gouvernement en 1986 avait déjà voulu substituer à l'acquisition de plein droit de la nationalité française par la naissance et la résidence une simple faculté de réclamation de cette nationalité. La commission de la nationalité l'avait

104. (1) La loi nouvelle ne s'est appliquée qu'aux individus qui ont atteint 22 ans après sa promulgation : Cass. 12 avril 1902, S. 1902.1.360. Sur l'application dans le temps de l'art. 44, C. nat., v. Loisel, G.P. 1946, Doctr. p. 61 ; il faut se placer au jour où survient le dernier fait requis par la loi pour que la situation soit fixée. V. Paris 8 janv. 1949, J.C.P. 1949.II.5026, note Aymond : Civ. 20 févr. 1951, R. 1953.565 ; Paris 5 nov. 1955, R. 1956.43, J.C.P. 1956.II.9065, note Aymond. Sur l'application dans le temps de l'art. 52, v. Paris 21 janv. 1949, R. 1950.181.

(2) La loi de 1927 a aussi supprimé la réclamation ouverte par l'ancien article 9 au majeur non domicilié en France : l'expérience avait montré, relève la circulaire du 13 août 1927, que cette disposition n'était presque jamais utilisée, et la tendance nouvelle de défiance à l'égard des indésirables y a vu la source d'abus possibles (cf. déjà la loi du 22 juill. 1893 prévoyant un contrôle) ; on avait d'ailleurs facilité la naturalisation des intéressés.

(3) Art. 44, réd. L. 5 juill. 1974. Sur cette loi et son application dans le temps v. P. Lagarde, R. 1974.827.

suivi sur ce point, en invoquant la conception élective de la nationalité. Elle a estimé nécessaire de subordonner ce droit à l'expression positive, même simplifiée dans les formes, de la volonté de ces personnes de devenir françaises (propositions nº 4 à 10). Cette conception élective n'est pourtant pas celle du droit français, et la preuve n'a pas été rapportée par la Commission que ces jeunes gens nés et scolarisés en France soient moins assimilés que les enfants nés à l'étranger d'un parent français et scolarisés à l'étranger, de qui pourtant cette démarche positive n'est pas exigée (v. *supra*, n. 87)[3]. La loi de 1993 a suivi sur ce point les orientations de la Commission.

104-1. Conditions d'application de l'article 44 (21-7 c. civ.). Naissance et résidence en France. – La loi exige que l'intéressé réside en France à la date de la manifestation de volonté et, sauf pour l'étranger francophone au sens de l'article 64-1 (21-20 c. civ.), qu'il ait eu en France sa résidence habituelle dans les cinq années ayant précédé cette déclaration.

L'expression « en France » s'entend par référence à l'article 6 du code de la nationalité (17-4 c. civ.) et englobe les départements et territoires d'outre-mer ainsi que les collectivités territoriales (*supra*, n. 88)[1]. Certains séjours à l'étranger sont même assimilés à la résidence en France en application de l'article 78 du code de la nationalité (21-26 c. civ.)[2].

Les textes antérieurs à 1945 requéraient un domicile en France à la majorité. Le code de la nationalité a substitué à ce terme celui de résidence. C'est que la jurisprudence avait commencé entre-temps à forger la notion de « *domicile de nationalité* »[3], entendu comme une résidence effective[4] et habituelle[5], ce qui autorise d'ailleurs des absences momentanées de France[6]. La formule n'exclut pas tout élément intentionnel et

104-1. (1) Dans la rédaction de la L. 1973, l'art. 44 admettait une résidence « dans les territoires ou pays pour lesquels l'attribution ou l'acquisition de la nationalité française est ou était, lors de [la résidence de l'intéressé], régie par des dispositions spéciales », formule qui, après l'extension du code de la nationalité aux territoires d'outre-mer (Décr. 24 fév. 1953), n'avait conservé d'intérêt, rétrospectivement, que pour les territoires associés et États protégés, bien que la jurisprudence ait maintenu un cloisonnement, discutable, entre le régime métropolitain et le régime d'outre-mer, v. Cons. d'État 1er mars 1968, J.C.P. 1968.II.15621, note Aymond, et surtout Paris 8 juin 1972, J.C.P. 1973.II.17288, note Aymond, R. 1973.43, note Lagarde (refus d'application de l'art. 44 à un individu né dans un territoire d'outre-mer et résidant à sa majorité en France métropolitaine). Après la L. 9 janv.1973, l'article 44 reste écarté dans certains territoires, art. 161, C. nat., v. *supra*, n. 88, note 1. V. une disposition transitoire, art. 25, L. 9 janv. 1973.

(2) Le texte modifié par l'Ord. 7 janv. 1959 et la L. 9 janv. 1973 retient une « activité professionnelle publique ou privée pour le compte de l'État français ou d'un organisme dont l'activité présente un intérêt particulier pour l'économie ou la culture française » ; le séjour dans un pays en union douanière désigné par décret (v. D. 5 mai 1959, art. 3) ; la présence dans une formation régulière de l'armee française ou au titre du service national actif (L. 22 déc. 1961, 9 janv. 1973).

(3) V. la note P. Lagarde, R. 1984.77 et, sur l'ensemble, *La nationalité française, n. 141 et s.*

(4) Par opposition au domicile de droit du mineur chez son tuteur, v. Paris, 18 nov. 1907, D.P. 1908.II.358, J. 1908.502.

(5) Civ. 6 janv. 1957, R. 1957.447, J.C.P. 1958.II.10414, note Aymond. L'arrêt a été rendu sur le décret du 5 nov. 1928, autrefois applicable aux colonies (n. 88), mais la solution vaut *a fortiori* pour le code de 1945, puisque le décret de 1928 visait, comme la loi de 1927, le domicile.

(6) Req. 27 avr. 1920, S. 1921.1.305, J. 1920.650, R. 1920.466.

il a été jugé, sous le régime antérieur, qu'une interruption volontaire du séjour en France pour accomplir des obligations militaires à l'étranger faisait perdre à l'individu né en France sa vocation à devenir français[7].

La Cour de cassation a jugé, à propos de l'art. 153 c. nat. (abrogé par la loi de 1993, v. *supra*, n. 75), que le domicile de nationalité devait coïncider avec le centre des attaches familiales et des occupations professionnelles[8]. Si la condition relative aux occupations professionnelles est souvent sans objet pour des jeunes de dix-huit ans, l'application à l'art. 44 de celle concernant les attaches familiales pourrait empêcher l'acquisition de la nationalité française par un jeune étranger né et scolarisé en France mais dont les parents seraient restés domiciliés à l'étranger, ce qui paraît contraire à l'esprit de ce texte, qui est de prendre acte des attaches objectives de l'individu avec la France.

104-2. Obstacles à l'acquisition de la nationalité française. – L'étranger peut manifester sa volonté d'acquérir la nationalité française de seize à vingt et un ans. Toutefois sa situation n'est pas la même selon qu'il prend cette initiative avant ou après l'âge de dix-huit ans.

De seize à dix-huit ans, s'il remplit les conditions de naissance et de résidence, aucun obstacle légal ne peut être opposé à sa volonté de devenir français. Conformément au souhait de la Commission de la nationalité, la loi de 1993 a même fait disparaître en ce cas la faculté d'opposition que les articles 46 et 57 anciens donnaient au gouvernement en cas d'indignité ou de défaut d'assimilation. Du moins le gouvernement peut-il prendre une mesure d'éloignement contre les parents (qui ne sont plus protégés en tant que parents d'enfants français), mesure qui, si elle est exécutée, entraînera le plus souvent le départ de l'enfant et le privera donc indirectement de sa vocation à devenir français.

A partir de dix-huit ans, le jeune étranger perd le droit de devenir français par manifestation de volonté s'il a fait l'objet, pour des faits commis après sa majorité, de certaines condamnations pénales (art. 45 nouveau c. nat., 21-8 c. civ.)[1]. Il en est de même de celui qui a fait l'objet d'un

---

104-1. (7) Civ. 29 mai 1974, R. 1975.46, note M. Simon-Depitre, J. 1975.327, chr. P.A. *Adde* la note Batiffol, R. 1957.447 et les réf. à Boulbès, n. 334. Malgré une décision ancienne contraire (Civ. 2 mai 1910, D.P. 1911.I.257), un séjour en prison à la suite d'une condamnation pénale ne peut être considéré comme une résidence en France au sens de l'art. 44, v. Civ. 25 juin 1974, R. 1975.231, note Lagarde (à propos de l'art. 152 c. nat.); v. déjà Crim. 22 déc. 1894, D.P. 1895.I.136, S. 1895.I.155, J. 1895.380.

(8) Civ. 29 juin 1983, *Khiari*, R. 1984.77, note Lagarde; *adde* Civ. 10 fév. 1993, D.1993.I.R.62, abandonnant le qualificatif « professionnelles », prenant ainsi en considération le cas des inactifs; cf. la jurisprudence du Conseil d'État sur l'art. 62 c. nat., *infra*, n. 113.

104-2. (1) L'art. 45 est à rapprocher de l'art. 79 (21-27 c. civ.) qui énumère les condamnations faisant obstacle de façon générale à l'acquisition de la nationalité française. Il retient les condamnations à une peine quelconque d'emprisonnement pour les crimes et délits contre la sûreté de l'État (l'art. 79 retient une condamnation quelconque) et les condamnations à une peine ferme égale ou supérieure à six mois pour certaines autres infractions (proxénétisme, trafic de stupéfiants, coups mortels ou homicide volontaire, violences physiques ou sexuelles à l'encontre d'un mineur de quinze ans). L'art 79 n'exige pas que la condamnation à six mois ait été encourue pour certaines infractions déterminées.

arrêté d'expulsion[2] ou d'une interdiction de territoire[3]. La condition de régularité du séjour, ajoutée à l'article 79 (21-27 c. civ.) par la loi du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration n'est pas applicable au jeune étranger, l'article 44 étant réservé par l'article 79[4].

La Cour de cassation avait ajouté une autre condition au jeu de la règle, qui paraît devoir subsister: l'intéressé ne devient pas français si, avant sa majorité, *il a acquis une autre nationalité*, par exemple par naturalisation ou par mariage[5]. La Cour en donne la raison que par cet événement, la nationalité de l'intéressé s'était trouvée « définitivement fixée ». La solution, éclairée par ce motif, pouvait s'expliquer, avant 1927, par la considération que la nationalité attribuée du fait de la naissance et de la résidence en France l'était *à raison de l'origine*: effet de l'origine de l'intéressé, elle perdait sa raison d'être si sur cette origine s'était greffé un événement nouveau engendrant une acquisition de nationalité; les conditions d'origine considérées par la loi se trouvaient modifiées, et les règles sur la nationalité acquise ayant joué, celles qui concernaient la nationalité attribuée à raison de l'origine n'avaient plus à intervenir.

Depuis la loi du 10 août 1927, qui a fait de la naissance et de la résidence en France un cas d'acquisition non rétroactive de la nationalité française, il semblerait plus logique de limiter cette notion de fixation définitive de l'extranéité aux événements exprimant le refus de l'intéressé de devenir français ou la volonté du gouvernement de s'opposer à cette acquisition. Une illustration en a été fournie par les *enfants nés en France avant le 1er janvier 1963 de parents musulmans originaires d'Algérie* qui n'avaient pas souscrit de déclaration de reconnaissance de la nationalité française. La Cour de cassation a jugé que ces enfants, dont l'extranéité avait été fixée par l'attitude d'abstention de leurs parents, n'ont pu invoquer à leur majorité, en cas de résidence en France, l'article 44 du code de la nationalité[6].

104-2. (2) Sur l'expulsion, v. antérieurement l'art. 50 c. nat. Les Chambres réunies de la Cour de cassation (9 déc. 1896, S. 1897.I.297), tranchant en faveur de la Chambre civile la divergence qui s'était élevée à ce sujet entre celle-ci et la Chambre criminelle avaient jadis jugé que l'arrêté d'expulsion ne faisait pas obstacle à l'acquisition à la majorité de la nationalité française, mais cette solution avait été écartée par la L. 10 août 1927.

(3) Il résulte de la décision du Conseil constitutionnel du 20 juillet 1993 que l'interdiction du territoire ne fait perdre au jeune étranger la possibilité d'acquérir la nationalité française que si elle a été prononcée par l'autorité judiciaire, ce qui écarterait une interdiction de territoire découlant de plein droit d'une mesure administrative. La même décision a déclaré contraire à la constitution (et plus précisément au principe de proportionnalité) l'obstacle qui serait résulté d'une mesure de reconduite à la frontière ou d'assignation à résidence.

(4) Cette condition de régularité du séjour figurait déjà dans l'article 79 du code de 1945, mais elle avait été abrogée par la L. 22 déc. 1961.

(5) Civ. 13 mars 1911, D.P. 1912.1.25, S. 1911.1.527, J. 1912.234, R. 1912.111; 9 oct. 1991, R. 1992.61, note P. Lagarde. Dans les deux espèces, il s'agissait d'une femme étrangère née en France qui avait épousé au cours de sa minorité un étranger. *Contra*. Trib. Marseille, 16 juil. 1947, J.C.P. 1947.II.3839, note Aymond, R. 1947.421; Trib. Metz, 2 mars 1950, J.C.P. 1950.II.5872, note Aymond.

(6) Civ., 20 nov. 1973, *Kaced*, R. 1974.481, note P.L., J. 1974.610, obs. Aymond.

104-3. La manifestation de volonté. – La manifestation de volonté prévue à l'article 44 (21-7 c. civ.) n'est pas, au sens strict, une déclaration de nationalité. Alors que les déclarations sont obligatoirement souscrites, en France, devant le juge d'instance, cette manifestation de volonté peut être «recueillie» soit par le juge d'instance, soit par une autorité administrative désignée par décret en Conseil d'État à l'occasion d'une démarche accomplie devant elle et relevant de sa compétence (art. 46 nouveau, 21-9 c. civ.)(1). L'autorité administrative en «donnera acte» et transmettra au juge d'instance qui délivrera un récépissé après remise des pièces nécessaires à la recevabilité et procédera à l'enregistrement. Le décret d'application devra préciser si c'est l'autorité administrative ou le juge d'instance qui réclamera à l'intéressé et recueillera les pièces nécessaires à la recevabilité. Il semble en tout cas qu'elles puissent être produites tardivement, même après les âges décisifs de dix-huit et de vingt et un ans, puisque le texte précise que la nationalité française est acquise à la date de la manifestation de volonté (art. 46, al. 2, 21-9 c. civ.).

Quel que soit l'âge de l'intéressé, la manifestation de volonté est souscrite sans l'assistance du représentant légal. On a voulu soustraire le jeune à l'influence de ses parents étrangers, ce qui paraît largement illusoire, dans la mesure où l'intéressé devra souvent faire appel à ses parents, surtout pendant sa minorité, pour fournir les pièces justificatives.

La loi assimile à la manifestation de volonté la participation volontaire aux opérations de recrutement(2) ainsi que la demande de certificat de nationalité (art. 47, 21-10 c. civ.). La règle antérieure, selon laquelle l'étranger né en France de parents étrangers, régulièrement incorporé dans l'armée en qualité d'engagé volontaire ou en vue de l'accomplissement du service national actif, acquérait la nationalité française à la date de son incorporation, a été maintenue, sous réserve des empêchements prévus à l'article 45 (art. 48 nouveau, 21-11 c. civ., réd. L. 22 juil. 1993).

Les enfants nés en France d'agents diplomatiques et consuls de carrière étrangers ont la possibilité d'acquérir la nationalité française par manifestation de volonté(3).

105. Effets de l'article 44, C. nat. (21-7 c. civ.) – La nationalité acquise en vertu de l'article 44 a effet *pour l'avenir* seulement. La jurisprudence antérieure à 1927 a été interprétée comme admettant qu'elle était acquise rétroactivement à la naissance, à l'époque par le seul effet de la loi, en vertu de l'idée que la règle était écrite en raison de l'origine de l'intéressé(1). L'article 4 de la loi de 1927 a disposé que l'intéressé

104-3 (1) Cf. les organismes mentionnés à l'article 44, al. 3 : établissements d'enseignement, caisses de sécurité sociale et collectivités territoriales.

(2) La participation volontaire aux opérations de recrutement était antérieurement un cas de perte de la faculté de renonciation à l'acquisition de la nationalité française (art. 47, al. 2, ancien).

(3) Ils étaient antérieurement exclus de l'acquisition de plein droit, mais ils pouvaient réclamer la nationalité française sur le fondement de l'art. 52, abrogé en 1993 (art. 51 ancien).

105. (1) V. Niboyet, *Manuel*, 2e éd., n. 107, mais *contra* Boulbès, S. 1955.1.25. La Cour de cassation s'est prononcée clairement contre la rétroactivité de l'article 8-4°, C. civ., mais après son abrogation, v. Civ. 12 nov. 1952, J.C.P. 1953.II.7461, note Aymond, S. 1955.1.25,

«devient» français et l'article 44 du Code de la nationalité, dans sa rédaction initiale, ne prêtait également à aucun doute. La rétroactivité présentait assurément de sérieux inconvénients, et l'esprit de la loi était bien de ne considérer l'intéressé comme assimilé que si à la naissance en France s'ajoutait un établissement durable. Le nouveau Français était donc réputé avoir été étranger jusqu'à sa majorité(2).

Il en est *a fortiori* ainsi depuis la réforme de 1993. L'article 46 nouveau, dern. al. (21-9 c. civ.) précise que l'intéressé acquiert la nationalité française «à la date de la manifestation de volonté»(3). Le nouveau Français sera donc réputé avoir été étranger jusqu'à cette manifestation. Il bénéficie toutefois, à partir de dix-huit ans, d'une carte de résident qui lui est délivrée de plein droit (art. 15, dern. al., Ord. 2 nov. 1945, réd. L. 24 août 1993)(4). Le bénéficiaire de l'art. 44 peut demander au ministre la *francisation* de ses nom et prénoms comme le naturalisé(5). Les enfants mineurs de l'intéressé deviennent français aux conditions de l'art. 84 c. nat. (22-1 c. civ.), v. *infra*, n. 120.

Le nombre d'enfants affecté par cette réforme de l'article 44 est très élevé. Selon Lebon(6), environ 23500 jeunes gens nés en France de parents étrangers sont devenus français à leur majorité en 1991. Il faut y ajouter les 13343 déclarations souscrites la même année en application de l'article 52, abrogé par la loi de 1993, pour avoir le chiffre pour une année. Et, comme le nouvel article 44 s'applique à tous ceux qui n'étaient pas encore devenus français lors de son entrée en vigueur, soit en gros à l'ensemble des enfants nés en France de parents étrangers au cours des dix-huit dernières années, le nombre des personnes concernées doit être de l'ordre de 600000.

SECTION III. – *Régime général des options de nationalité.*

106. Les différentes options instituées par les articles 19, 24, 55, 57-1, 58 et 86, C. nat. (18-1, 19-4, 21-12, 21-13, 21-14 et 22-3 c. civ.) – Les règles légales sur la détermination de la nationalité française à raison de l'origine comportent diverses options possibles.

note Boulbès, ce qui peut poser un problème curieux (v. la note R. 1954.349). Le caractère, pour partie, originaire de la nationalité attribuée en vertu de l'article 44, se retrouvait en ce que son bénéficiaire échappait aux *incapacités* qui frappaient les naturalisés.

105. (2) En conséquence, en cas de mariage contracté pendant la minorité, le conjoint étranger n'a pu prétendre avoir épousé une personne de nationalité française et souscrit valablement, même après coup, une déclaration acquisitive sur la base de l'art. 37-1, v. Paris 6 nov. 1992, J.C P. 1993.IV.1185.

(3) Il peut donc être expulsé, mais seulement après l'âge de 18 ans (art. 25, 1° Ord. 2 nov. 1945, *infra* n. 167). V. antérieurement Cons. d'État 10 juill. 1930, G.P. 1930.2.498.

(4) Cette loi abroge l'art. 15-1 que la L. 22 juil. 1993 avait ajouté à l'Ord. 2 nov. 1945. Ce texte prévoyait la délivrance d'une première carte de résident de 18 à 21 ans, renouvelée à 21 ans pour dix ans en cas de non manifestation de volonté de devenir français et ensuite renouvelable de plein droit.

(5) L. 3 avril 1950, 3 juil. 1965, 25 oct. 1972, mod. L. 8 janv. 1993.

(6) *Op.cit. supra*, n. 87, note 6.

1° *Répudiation des articles 19 et 24*: l'article 19 (18-1 c. civ.) déclare français sauf faculté de répudiation dans les six mois précédant sa majorité et (depuis la loi de 1993) dans les douze mois la suivant, l'enfant né à l'étranger et dont un seul des parents est français (*supra*, n. 95). L'article 24 (19-4 c. civ.) décide de même pour l'enfant né en France de parents étrangers dont un seul y est né (*supra*, n. 103). Les mêmes règles sont applicables à l'enfant qui a fait l'objet d'une adoption plénière (art. 26, al. 2 nouveau, 20, al. 2 c. civ. *supra*, n. 96).

2° *Renonciation à la faculté de répudier des articles 19 et 24*: l'article 30, al. 2 (20-2 c. civ.) dans sa rédaction de 1993, prévoit que le bénéficiaire d'une des facultés de répudiation du titre II (c'est-à-dire celles des articles 19 et 24) peut renoncer à cette faculté, mais seulement à partir de l'âge de seize ans [1]. Cette mesure avait été instituée par la loi du 16 décembre 1874 pour permettre aux mineurs intéressés de justifier d'une nationalité française définitive à l'encontre des obstacles qui leur étaient opposés à l'entrée dans une école du gouvernement ou à un engagement dans l'armée.

3° *Réclamation de l'article 55. Abrogation de la réclamation de l'article 52*. Les enfants étrangers ayant fait l'objet d'une adoption simple par une personne de nationalité française, ou qui ont été recueillis en France et élevés par une personne de nationalité française ou par le service de l'aide sociale à l'enfance ou, s'ils ont pu recevoir pendant cinq ans une formation française, par un organisme public ou privé, peuvent jusqu'à leur majorité réclamer la nationalité française, pourvu qu'ils résident en France à l'époque de leur déclaration (art. 55 c. nat., 21-12 c. civ.).

Cette faculté de réclamation fut introduite sur le modèle de la déclaration instituée en 1889 et figurant jusqu'à son abrogation par la loi du 22 juillet 1993 à l'article 52 du code de la nationalité. Selon ce texte, les enfants nés en France de parents étrangers nés à l'étranger pouvaient anticiper les effets de l'article 44 du code de la nationalité et réclamer au cours de leur minorité la nationalité française[2]. Suivant la recommandation de la Commission de la nationalité, le législateur de 1993 a abrogé l'article 52 et supprimé cette faculté de réclamation avant l'âge de seize ans (v. *supra*, n. 104 et s.).

Les arguments avancés en faveur de l'abrogation de l'article 52 sont peu convaincants. On a encore avancé la conception élective de la nationalité, selon laquelle les options de nationalité devraient être faites par l'intéressé lui-même et non par représentation, mais pourquoi, s'il devait en être ainsi, avoir laissé subsister délibérément dans le cas de l'article 55 des réclamations s'exerçant par représentation (art. 5 nouveau, c. nat., 17-3 c. civ.)? On a aussi fait valoir une fraude prétendue de parents qui, en réclamant pour leur enfant né en France la nationalité française, se seraient assuré le bénéfice d'une carte de résident délivrée de plein droit (art. 15, 3° Ord. 2 nov. 1945). Mais c'est oublier que le représentant légal

106. (1) Cette innovation, qui paraît être une conséquence de la conception élective de la nationalité, a pour effet regrettable d'empêcher les parents de stabiliser dès son plus jeune âge la nationalité française de leur enfant.

(2) 13343 déclarations en 1991, dont 12 % de refus d'enregistrement.

étranger de l'enfant ne pouvait, selon l'article 54 du code de la nationalité, réclamer pour l'enfant de moins de seize ans la qualité de Français que s'il avait déjà lui-même sa résidence habituelle en France depuis au moins cinq ans. (v. par ex. Versailles, 12 nov. 1992, D.1993.I.R. 76).

La nécessité, pour l'enfant né en France, de manifester désormais sa volonté de devenir français a entraîné la disparition de la faculté, prévue antérieurement à l'article 45 du code de la nationalité, de renoncer à l'acquisition de plein droit de la nationalité française à la majorité[3].

4° *Répudiation et renonciation de l'article 86 (22-3 c. civ.)*[4] La loi du 22 juillet 1993 a accordé à l'enfant devenu français en vertu de l'article 84 (22-1 c. civ.) du fait de l'effet collectif de l'acquisition par l'un de ses parents de la nationalité française, la faculté de répudier cette qualité dans les six mois précédant sa majorité et dans les douze mois la suivant, si du moins cet enfant n'est pas né en France (art. 86 al. 2). Il y a là un heureux contrepoids au caractère automatique de l'effet collectif. Corrélativement, cet enfant peut renoncer à cette faculté de répudiation à partir de l'âge de seize ans (art. 86 al. 3).

5° Il faut mettre à part la *réclamation de l'article 57-1 (21-13 c. civ.)*. Cette disposition, qui date seulement de la loi du 9 janvier 1973[5], permet aux personnes qui ont joui d'une façon constante de la possession d'état de Français[6] pendant les dix années précédant leur déclaration de réclamer la nationalité française. L'esprit de la règle est de permettre à ces personnes de régulariser simplement leur situation après la découverte de leur extranéité[7]. Ainsi s'explique que la déclaration ait un certain effet rétroactif et que soient validés les actes passés antérieurement à la déclaration et dont la validité était subordonnée à la possession de la nationalité française[8]. Cette déclaration est soumise quant à ses conditions de forme

106. (3) 2428 déclarations en 1991, soit environ 10 % des bénéficiaires de l'ancien article 44, dont 5 % de refus d'enregistrement.

(4) Le Code de la nationalité réserve le terme *répudiation* au cas où la nationalité française était déjà attribuée (art. 19 et 24). L'article 45 permet de *décliner* l'acquisition de la nationalité française et le substantif correspondant est la *renonciation*.

(5) La L. 22 déc. 1961 n'accordait à ces personnes qu'une dispense de stage pour la naturalisation.

(6) Les éléments de la possession d'état à prendre en considération sont suggérés par le D. 10 juill. 1973 (art. 16): production de documents officiels tels que cartes d'identité ou d'électeur, passeports, pièces militaires, immatriculation dans les consulats de France. Ces éléments (et d'autres) seront appréciés par le juge. cf. la rép. min. R. 1985.583. V. Paris 8 nov. 1977 (R. 1978.129, note P.L.), qui relève que la possession d'état de Français n'est pas nécessairement incompatible avec l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère. Elle ne l'est pas non plus avec une demande antérieure de réintégration dans la nationalité française, v. Civ. 11 juin 1991, J.C.P. 1991.IV.318. Cf. *infra*, n. 153.

(7) Ce qui rend désormais inutile les mesures de régularisation qui avaient toujours un caractère spécial et temporaire. V. Aymond, *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 502-D, n. 185 et s.).

Sur les difficultés concernant la durée de la possession d'état, v. P. Lagarde, *La nationalité française*, n. 169.

(8) Ainsi seront sauvegardés les droits à pension acquis par le déclarant sous l'empire de sa nationalité française apparente. En Allemagne, la jurisprudence est parvenue à un résultat voisin par la notion de protection de la « légitime confiance », v. C. féd. administrative 14 déc. 1972, J. 1979.421.

aux règles communes à toutes les déclarations de nationalité (*infra*, n. 109)[9].

6° Il faut enfin ajouter la *réclamation de l'article 58 (21-14 c. civ.)*, qui date seulement de la loi du 22 juillet 1993 et qui est ouverte à ceux qui, du fait de leur éloignement à l'étranger, ont perdu, soit la nationalité française en application de l'article 95 (23-6 c. civ.), soit la possibilité de prouver celle-ci en raison de la fin de non-recevoir édictée par l'article 144 (30-3 c. civ.) (v. *infra*, n. 132 et 152-1)[10]. Cette réclamation obéit aux règles générales des déclarations de nationalité.

107. A) Capacité pour opter.

La loi du 22 juillet 1993 a voulu simplifier les conditions de capacité concernant les déclarations de nationalité. Elle a abrogé les articles 53 et 54 du code de la nationalité qui établissaient un régime différencié de représentation et d'assistance en fonction de l'âge du mineur. Le nouvel article 5 du code de la nationalité (17-3 c. civ.) prévoit que les déclarations de nationalité peuvent être faites sans autorisation dès l'âge de seize ans. C'est seulement en dessous de seize ans que le mineur doit aujourd'hui être représenté par celui ou ceux qui exercent à son égard l'autorité parentale[1].

Le cas du mineur émancipé[2] n'a pas été prévu par la loi. Il paraît raisonnable d'admettre ici la pleine capacité, l'option de nationalité pouvant être considérée comme un «acte de la vie civile» au sens de l'article 481 du Code civil[3].

---

106. (9) Statistiquement, ces diverses options sont d'importance très inégale, comme le montrent les chiffres officiels donnés par Decouflé (*op. cit.*, *supra*, n. 87. note 6). La répudiation des art. 19 et 24 est presque insignifiante (29 cas en 1991), de même que la renonciation, prévue à l'art. 30, à la faculté de répudiation (également 29 cas). Au contraire, les réclamations au titre de l'art. 52 étaient fréquentes (v. note 2) de même d'ailleurs, en sens inverse que les renonciations de l'ancien art. 45 (v. note 3). On a compté en 1992 208 déclarations au titre de l'art. 55 (dont 16 % refusées) et 372 au titre de l'art. 57-1 (dont 27 % ont été refusées).

(10) Cette réclamation est également ouverte aux conjoints survivants de personnes ayant accompli effectivement certains services militaires dans les armées françaises (art. 58, al. 3 nouveau c. nat., 21-14 c. civ.).

107. (1) La détermination du représentant légal du mineur *étranger* optant pour la nationalité française reste soumise aux règles de conflit de lois, v. TGI Dunkerque, 30 mai 1990, R. 1990.481, 4ème esp., note Lagarde. La L. 1993 a fait disparaître la règle, inscrite à l'art. 54, exigeant que le gardien de l'enfant, s'il est lui-même étranger, réside depuis cinq ans en France. Cette disposition était destinée à permettre la réclamation de la nationalité française pour l'enfant né en France depuis moins de cinq ans: l'assimilation du représentant était réputée garantir celle du représenté.

(2) Le problème peut encore se poser aujourd'hui pour les filles, en cas de mariage avant l'âge de seize ans.

(3) En ce sens Aymond, *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 502-D, n. 129. Les dérogations énoncées à l'alinéa 2 de ce texte pour le mariage et l'adoption peuvent être considérées comme d'interprétation stricte.

108. B) Conditions de fond des options.

Les options, étant des actes juridiques, sont soumises aux règles ordinaires en matière de consentement[1]. Quant aux autres règles de fond communes, elles ne concernent que les répudiations et renonciations.

L'article 31 (20-3 c.civ.) exige de celui qui veut répudier ou décliner la nationalité française qu'il ait, par filiation, la nationalité d'un pays étranger[2]. Cette condition, instituée par la loi du 16 décembre 1874, signifie que la répudiation ne doit servir ni à l'apatridie ni même à la préférence d'une nationalité étrangère nouvellement acquise. Si l'intéressé n'était pas réellement français par ses origines, c'est que sa nationalité de fait était celle de ses parents: la loi française n'admet le rejet de sa présomption que dans la mesure où celle-ci a pu méconnaître les faits; si ce n'est pas le cas, elle subsiste.

Outre cette condition positive[3], dont l'optant devra prouver lui-même qu'il y satisfait, il existe des conditions, en quelque sorte négatives, de la répudiation: la faculté de répudier est perdue si certains événements sont survenus avant l'option.

1° Il va de soi que la faculté de répudiation n'a plus de raison d'être si, dans le cas de l'article 19 (18-1 c.civ.), *le parent non français de l'optant a acquis la nationalité française* durant la minorité de l'enfant. De même, dans le cas de l'article 23 (19-3 c.civ.), la faculté de répudiation disparaît lorsque l'un des parents acquiert la nationalité française[4]. La présomption de la loi se trouve complètement confirmée, et aussi bien l'article 84 prévoit que l'enfant mineur du naturalisé devient français; *a fortiori* doit-il perdre la faculté de répudier s'il l'est déjà[5].

---

108. (1) V. pour l'application du droit commun des vices du consentement en matière de contrainte, Colmar 30 mars 1949, Trib. Saint-Malo 28 juill. 1949, R. 1949.643; Civ. 17 nov. 1958, J.C.P. 1959.II.11056. note Aymond.

(2) La Chancellerie exigeait à tort que la nationalité conservée fût celle que les parents possédaient *à l'époque de la naissance* (Cluzel, J. 1908.723): en suivant le changement de nationalité de ses parents, l'intéressé a montré que leur nationalité était effectivement la sienne, quelle qu'elle fût, seule exigence de la loi (dans le sens de cette conclusion Loussouarn et Bourel, n. 576; *contra* Maury, *loc. cit.*, n. 342; Niboyet, I, n. 92, p. 243). Le Code de la nationalité paraît bien par sa rédaction avoir pris la position qui nous semble plus exacte. La preuve de la possession de cette nationalité étrangère doit être rapportée par un «certificat délivré par les autorités du pays» dont l'optant a la nationalité (art. 8, D. 10 juill. 1973).

(3) L'article 31 exigeait également pour éviter la fraude au service militaire, que l'optant ait satisfait aux obligations militaires prévues par la loi du pays pour la nationalité duquel il opte. Cette condition a été abrogée par la L. 1973. L'ancienne règle tendait à éviter qu'en demeurant en France l'optant n'échappât aux obligations militaires dans les deux pays; une telle fraude aux obligations militaires françaises a pu paraître trop éventuelle ou indirecte.

(4) Art. 24, al. 2 (19-4 c. civ.), v. *supra* n. 103. La L. 1993 a sur ce point opportunément modifié le texte antérieur qui ne faisait perdre la faculté de répudiation que si le parent né à l'étranger acquérait la nationalité française.

(5) V. avant 1973, l'art 32, 1° et 2°. Ces textes réservaient cependant le cas de l'article 85 où l'effet collectif de l'acquisition de la nationalité française ne se produit pas. Cette réserve ayant disparu dans le texte nouveau, la faculté de répudiation doit être réputée perdue même dans ce cas. Le Code de 1945 avait également prévu la perte de la faculté de répudier en cas de légitimation et de légitimation adoptive par un père français. V. sur ces cas *supra*, n. 96 et 100.

2° *L'engagement dans l'armée française*, ou *la participation volontaire aux opérations de recrutement*, sans que l'intéressé ait opposé son extranéité, font également perdre la faculté de répudier (art. 32, 20-4 c.civ.). L'accomplissement du service militaire est aux yeux de la loi la preuve décisive de l'assimilation et une renonciation implicite à la faculté de répudier[6]. Il a déjà été indiqué (n. 104-3) que l'incorporation faisait acquérir, à la date à laquelle elle se produisait, la nationalité française à l'enfant né en France (art. 48, 21-11 c.civ.).

109. C) Conditions de forme et contentieux des options.

Les options sont exercées sous la forme d'une *déclaration devant le juge d'instance* ou, à l'étranger, devant le consul[1] (art. 101, C. nat., 26. c.civ). La déclaration est ensuite enregistrée, soit par le juge d'instance pour les déclarations souscrites en France, soit par le ministre chargé des naturalisations pour les déclarations souscrites à l'étranger (art. 104 nouveau, c.nat., 26-1 c.civ.)[2].

L'enregistrement est exigé à peine de nullité (art. 104). Sans enregistrement, la déclaration ne peut produire aucun effet. Ainsi s'explique que le contentieux des déclarations de nationalité se soit développé autour de cette formalité substantielle, en fonction de l'attitude prise par l'administration.

1° L'enregistrement doit d'abord être refusé si la déclaration ne satisfait pas aux conditions légales (art. 105, 26-3 c.civ.). Le refus doit alors être notifié au décla-

Le même souci a conduit à refuser la faculté de répudier à la femme mineure devenue française (de 1945 à 1973) par son mariage avec un Français: Trib. Mascara 3 nov. 1948, R. 1949.496, note Motulsky, J.C.P. 1949.II.4376, note Aymond. La solution est symétrique de celle adoptée, dans le cas de l'article 44, pour le mariage d'une étrangère mineure née en France avec un étranger (n. 104-2). Cf. Boulbès, *Droit français de la nationalité*, n. 242.

108. (6) La règle remonte à la L. 16 déc. 1874 (cf. déjà la L. 22 mars 1849 attachant à cette circonstance la faculté de réclamer la nationalité française). Elle figure également aujourd'hui à l'article L. 16, C. service national (L. 10 juin 1971) qui permet aux jeunes Français provisoires de faire – s'ils le demandent mais en perdant alors la faculté de répudier – leur service actif avec leur classe d'âge. A défaut de cette demande, ils sont recencés après leur majorité. La faculté de répudiation n'est toutefois perdue que si l'attention de l'intéressé a été attirée sur les conséquences en matière de nationalité de sa participation aux opérations de recrutement. V. Civ. 16 juin 1992, D. 1993.309, note Guiho.

109. (1) Le décret du 10 juillet 1973 détermine les pièces à produire; *adde* la rép. min. R. 1990.406, pour les personnes résidant à l'étranger. V. pour les territoires d'outre-mer l'art. 159 nouveau (33-1 c. civ.). Le régime est différent pour la manifestation de volonté de l'article 44, v. *supra*, n. 104-3.

(2) L'enregistrement par le juge d'instance des déclarations souscrites en France est une innovation de la L. 22 juil. 1993 qui a suivi le vœu de la Commission de la nationalité, soucieuse de raccourcir les circuits administratifs (propositions 53 à 55). Elle a toutefois été adoptée contre la volonté du Garde des sceaux qui redoutait l'encombrement et l'impréparation des tribunaux d'instance. L'art. 104-1 nouveau (23-3 c. civ.) a d'ailleurs prévu une spécialisation de certains tribunaux d'instance (qui sera réalisée par décret) pour recevoir et enregistrer les déclarations de nationalité. Dans le régime antérieur à 1993, qui subsiste pour les déclarations prévues à l'art. 37-1 (*infra*, n. 127), l'enregistrement des déclarations était confié au ministre chargé de la population (sous-direction des naturalisations), le ministre de la Justice ne conservant que le contentieux de la nationalité. Sur la répartition, v. Loisel, G.P.1946.Doctr.61.

rant *avec ses motifs* dans les six mois[3]. La décision de refus d'enregistrement peut être contestée par l'intéressé, dans les six mois, devant le tribunal de grande instance (art.) 105, al 2, 26-3 c.civ.)[4].

2° Il se peut que l'administration ne se prononce pas sur la déclaration qui lui est soumise. Ce silence équivaut à une acceptation et autorise l'optant à réclamer un exemplaire de sa déclaration ou de la pièce constatant la manifestation de volonté prévue à l'article 46 (21-9 c.civ.) revêtu de la mention d'enregistrement (art. 107, al. 1^er^, 26-4 c.civ.). L'enregistrement est donc acquis de plein droit au terme du délai de six mois et l'administration ne peut plus le refuser en prenant argument de ce que l'intéressé ne le réclame pas[5].

3° Après l'enregistrement de la déclaration, celle-ci ne peut plus être contestée que pour fraude ou mensonge. Seul le ministère public peut agir et dans les deux ans de la découverte de la fraude ou du mensonge (art. 107 al. 2 nouveau, 26-4 c. civ.)[6] Cette solution est l'une des innovations les plus heureuses de la loi du 22 juillet 1993. Auparavant, l'article 107, al. 2 autorisait la contestation tardive

109. (3) Ce délai de six mois court à compter du jour auquel le récépissé de la déclaration a été délivré au déclarant au vu de la remise des pièces nécessaires à la preuve de la recevabilité de ladite déclaration (art. 105, al. 3, réd. L. 22 juil. 1993). Sur le sens de cette disposition et sur les précisions apportées par l'art. 22, D. 10 juill. 1973, v. Lagarde. R. 1992.287; Aymond, fasc. 502-D, n. 237. Le texte antérieur à la loi de 1973 (art. 107. réd. L. 22 déc. 1961) laissait plus de liberté à l'administration pour fixer le point de départ du délai. Sur les précédents, v. Civ. 17 nov. 1958, J.C.P. 1959.II.11056, note Aymond, admettant que les justifications aient pu être produites entre la déclaration et l'enregistrement. Sur le mode de notification d'un refus d'enregistrement, v. l'art. 23 D. 10 juillet 1973 et Civ. 29 juin 1983, R. 1984.77, note Lagarde. Le délai de six mois vaut aussi pour l'enregistrement des manifestations de volonté exprimées en application de l'art. 44. (art. 105, al. 4, 26-3 c. civ.). Il court, non de la manifestation de volonté, mais, semble-t-il, de la date de remise du récépissé par le juge d'instance à qui la pièce consignant la manifestation de volonté aura été remise par l'autorité administrative qui l'aura recueillie. Mais qui contrôlera la diligence de cette autorité ? Le délai d'enregistrement est porté à un an pour les déclarations souscrites en vertu de l'art. 37-1 (acquisition par mariage, *infra*, n. 127).

(4) Le texte de 1945 précisait que le « pourvoi » se faisait dans les formes de l'art. 855, C. proc. civ., c'est-à-dire par voie de requête. Cette précision ayant disparu dans la rédaction de 1973, il faut en conclure que le recours s'exerce désormais dans les conditions du droit commun, par voie d'assignation. En ce sens Aymond, fasc. 502-D, n. 263.

(5) L'administration soutenait cette seconde thèse (v. Boulbès, *Dr. fr. de la nationalité*, n. 819; Aymond, J.C.P. 1957.II.9954) qui lui donnait l'avantage, par un refus tardif d'enregistrement, d'obliger l'intéressé à prendre l'initiative d'une action sur la base de l'article 105. Mais la Cour de cassation a consacré formellement la première solution (Civ. 26 janv. 1959, *Eidelmann*, R. 1959.84, note Delacroix, J.C.P. 1959.II.11056, note Aymond; Civ. 7 mai 1963, R. 1964.73, note Ancel, J. 1964.55, J.C.P. 1963.II.13437, note Aymond; 17 juin 1969, J.C.P. 1970.II.16383, note Aymond, J. 1970.92, R.1970.65, cassant Amiens 13 nov. 1967, R. 1968.641, note Lagarde; 10 oct. 1978, R. 1979.389, sol. impl.; v. de même Cons. d'État 29 juin 1979, *Rec.* 293). Si l'administration veut contester la validité de la déclaration, elle doit désormais prier le ministère public de se pourvoir sur le fondement de l'art. 107, al. 2 (26-4 c. civ.), si les conditions, aujourd'hui très strictes (v. le texte) en sont remplies. De même, après l'expiration du délai, l'intéressé ne peut plus rétracter sa déclaration pour le motif qu'elle n'aurait pas été enregistrée. V. Civ. 17 nov. 1958, J.C.P. 1959.II.11056, note Aymond.

(6) La cessation de la communauté de vie dans les douze mois suivant l'enregistrement de la déclaration prévue à l'article 37-1 constitue une présomption de fraude, v. art. 107, al. 2 *in fine*. Sur des cas de fraude, v. les décisions publiées R. 1990.481; *adde* Civ. 4 nov. 1987, R. 1988.Som.746.

des déclarations de nationalité[7], sans limiter le délai de la contestation, les motifs de celle-ci ou les personnes pouvant agir[8].

La loi du 22 juillet 1993 a, par la même occasion, supprimé la faculté d'opposition du gouvernement aux déclarations acquisitives de nationalité, sauf en cas de mariage. L'article 39 nouveau (21-4 c. civ.) permet au gouvernement, par décret en Conseil d'État, de s'opposer à l'acquisition de la nationalité par le conjoint étranger d'un Français. Le délai est d'un an à compter de la remise du récépissé de la déclaration ou, si l'enregistrement a été refusé, à compter du jour où la décision judiciaire admettant la régularité de la déclaration est passée en force de chose jugée[9].

Les *effets* de la déclaration, dès lorsqu'elle a été enregistrée[10], partent en principe du jour ou elle a été souscrite (v.art. 108 nouveau, 26-5 c. civ.): l'optant ne doit pas souffrir des lenteurs administratives. Les exceptions concernent les manifestations de volonté prévues à l'article 44 (21-7 c. civ.), qui prennent effet à leur date, et les déclarations prévues à l'article 87 (23 c. civ.), qui prennent effet à la date d'acquisition de la nationalité étrangère (v. art. 97-1 c. nat., 23-9 c. civ., v. *infra*, n. 137).

110. D) Effets des options.

L'effet des options *positives* est nettement défini. Comme indiqué au numéro précédent, elles font acquérir la nationalité française[1] pour l'avenir. Elle entraînent, le cas échéant, effet collectif. Dans le cas de renonciation à la faculté de répudier aucun changement ne se produit, la nationalité française, déjà existante, devient simplement définitive.

L'effet des *options négatives* pose par contre le problème de leur rétroactivité. Il est résolu aujourd'hui négativement.

---

109. (7) Qui pouvait se greffer sur l'instance d'appel d'une demande introduite sur l'article 107, al. 1er, V. Civ. 7 mai 1963, *Eidelmann*, préc.; 25 juin 1974, *Mihoubi*, R. 1975.231, note P. Lagarde. J. 1975.60, note Aymond.

(8) Sur les dangers de ces contestations tardives, v. Lagarde, notes R.1975.231, 1990.490 et s. Le texte adopté en 1993 est conforme au voeu de la commission de la nationalité (proposition n. 58).

(9) Les solutions anciennes restent valables pour ce cas: notification de la mesure à l'intéressé à qui est imparti un délai pour produire pièces et mémoires (D. 10 juil. 1973, art. 24); possibilité d'un recours pour excès de pouvoir. V. par ex. Cons. d'État, 7 oct. 1991, R. 1992.283, 1ère esp. (décret pris hors délai). La Cour de cassation, s'alignant au moins en apparence sur la jurisprudence du Conseil d'État, a jugé non perpétuelle l'exception d'illégalité d'un décret d'opposition (Civ. 25 janv. 1983, R. 1983.435, note Lagarde).

(10) La Chambre criminelle a déclaré exécutoire une peine d'interdiction du territoire prononcée contre un individu qui avait souscrit une déclaration de réclamation de la nationalité française pour laquelle les délais d'enregistrement et d'opposition n'étaient pas encore expirés (Crim. 19 déc. 1983, R. 1984.617, note critique Lagarde). *Contra*, pour une déclaration recognitive; Cons. d'État 30 oct. 1968, R. 1969.665, J. 1969.375. La loi de 1927 prescrivait la publication de la déclaration au *Bulletin des Lois* (remplacé par le *Journal officiel* – loi du 19 avril 1930). Le décret du 12 nov. 1938 a abrogé cette disposition, mais un registre des déclarations d'option est tenu par l'administration qui en délivre des extraits (v.art. 26 D. 10 juill. 1973).

110. (1) Sur une certaine rétroactivité de la réclamation de l'art. 57-1 (21-13 c. civ.), v. *supra*, n. 106. Sur l'état civil des personnes nées à l'étranger qui acquièrent la nationalité française, v. les art. 98 et s., C. civ. (réd. L. 12 juill. 1978 et le commentaire P. Lagarde. R. 1978.786), déclarés applicables aux acquisitions anciennes (L. 8 janv. 1993, modifiant art. 11 L. 12 juil. 1978).

La solution résulte, pour les répudiations des articles 19 et 24 (18-1 et 19-4 c. civ.), de l'article 90, C. nat. (23-3 c. civ.), qui, citant ces options parmi les cas de *perte* de la nationalité française, marque à nouveau (cf. l'art. 9-2o, L. 1927) sans équivoque la volonté du législateur d'écarter la rétroactivité auparavant admise par la jurisprudence. Il faut reconnaître que si la rétroactivité avait pu paraître conforme à l'esprit de la loi en ce que la répudiation marque qu'en fait l'intéressé *n'était* pas français, ses inconvénients sont suffisants pour expliquer son élimination[2].

Les répudiations n'emportent aucun effet collectif sur les enfants de l'optant: le silence des textes l'impose pour les articles 19 et 24 (18-1 et 19-4 c. civ.) et marque que le législateur n'abandonne pas facilement ses nationaux.

---

110. (2) V. sur la discussion, Beudant et Lerebours-Pigeonnière, II, n. 52-53.

CHAPITRE III

ACQUISITION ET PERTE DE LA NATIONALITÉ FRANÇAISE

111. Généralités. – La nationalité déterminée à raison de l'origine est le statut commun et définitif de la majorité des individus. Mais deux mouvements accidentels peuvent survenir. D'une part des étrangers acquièrent la nationalité française par voie de *naturalisation* ou la retrouvent par voie de *réintégration*. D'autre part des Français, d'origine ou non, *perdent* notre nationalité. Il faut ajouter que le *mariage* peut être, le cas échéant, cause d'acquisition ou de perte de la nationalité française. Compte tenu de ce double caractère on étudiera successivement la naturalisation et la réintégration, les effets du mariage sur la nationalité, puis la perte de la nationalité française(1).

SECTION I. – *Naturalisation et réintégration.*

112. Vue d'ensemble. – La naturalisation est l'octroi de la nationalité française par le gouvernement à l'étranger qui la demande. La décision du gouvernement est entièrement discrétionnaire.

Dès le XIV^e^ siècle au moins les rois de France ont délivré des « lettres de bourgeoisie » dénommées à partir du XV^e^ siècle « lettres de naturalité », individuelles ou collectives, qui soustrayaient au droit d'aubaine les étrangers ayant rendu des services signalés, en les créant « bourgeois du Roi » dans une ville déterminée(1).

---

111. (1) La nationalité française peut aussi être acquise en vertu des traités et par réclamation, notamment à raison de la naissance et de la résidence en France (art. 44, 21-7 c. civ.), ou en raison de la possession d'état (art. 57-1, 21-13 c.civ.) : ces cas ont déjà été étudiés (n. 74 et s., 104 et s.).

112. (1) V. Viollet, *Histoire du droit français*, 2e éd., p. 369 ; Weiss, I, p. 349 ; Rouard de Card, *La nationalité française*, 2e éd., p. 79 ; Boizet, *Les lettres de naturalité sous l'ancien régime*, thèse Paris, 1943. Sur l'histoire du droit anglais, v. Clive Parry, *British Nationality Law and the History of Naturalisation*, *Communicazioni e Studi*, V, 1953.

La Révolution réputa généreusement citoyen du pays de la liberté tout étranger « qui sera jugé par le corps législatif avoir bien mérité de l'humanité » (constitution du 24 juin 1793, art. 4). La constitution de l'an VIII consacra ce libéralisme en disposant (art. 3) qu'« un étranger devient citoyen français lorsqu'après avoir atteint l'âge de 21 ans accomplis et avoir déclaré l'intention de se fixer en France, il y a résidé pendant dix années consécutives ». On oubliait, à ne voir dans la nationalité française qu'un honneur enviable, que l'étranger pouvait le considérer autrement et que l'État français avait aussi intérêt à contrôler son octroi. Aussi le décret du 17 mars 1809, revenant à la tradition de l'ancien régime, décida-t-il que l'étranger devrait obtenir du chef de l'État des « lettres de naturalisation ».

Mais comme le stage de dix ans restait requis, le système était devenu sévère. Le décret du 28 mars 1848 réduisit le stage à cinq ans, mais l'afflux des demandes amena avec la loi des 13, 21 novembre – 3 décembre 1849 une réaction abusivement rigoureuse: le délai de dix ans fut rétabli, bien plus son point de départ fut fixé à l'admission à domicile, et on exigea l'avis favorable du Conseil d'État.

Ce système, le plus restrictif que nous ayons connu, fut abrogé par la loi du 29 juin 1867 qui posa la base d'un système durable en ramenant le stage de dix à trois ans en cas d'admission à domicile. La loi de 1889 accentua cette tendance libérale en accord avec le souci croissant à l'époque de parer à la dénatalité: elle réduisit le stage à un an dans des cas favorables(2).

La loi de 1927, projetée dans un esprit de défiance à l'égard des naturalisés (cf. les lois du 7 avril 1915 et du 18 juin 1917 sur la révision des naturalisations accordées aux sujets des puissances devenues ennemies), se rallia finalement à un nouveau développement de la politique d'assimilation: l'admission à domicile fut supprimée et le stage de droit commun fixé à trois ans, les cas de réduction de stage à un an furent élargis, et il fut même institué des dispenses de tout stage dans des cas nouveaux. Mais la méfiance à l'égard des naturalisés, qui ne s'était guère manifestée lors de la loi nouvelle que par la réorganisation administrative du service des naturalisations à la Chancellerie (v. Niboyet, I, n. 232), revint par la suite au premier plan; la loi du 19 juillet 1934, plusieurs fois modifiée dans le sens de l'aggravation, développa des incapacités qui ont longtemps distingué le naturalisé du Français d'origine, le décret du 12 novembre 1938 institua le rapport des naturalisations obtenues frauduleusement.

Le Code de 1945, poursuivant ce mouvement, a spécialement manifesté dans la naturalisation son souci de contrôler l'accès à la nationalité française, corrélativement aux élargissements qu'il introduisait à son tour. Le candidat à la naturalisation doit être examiné quant à la santé, la moralité, l'assimilation ; le stage de droit commun est porté de trois à cinq ans, les stages réduits par faveur sont de deux ans au lieu d'un. Ces exigences ne paraissent pas disproportionnées à l'importance de la faveur sollicitée; en revanche les dispenses de stage sont augmentées en nombre, et la condition du naturalisé s'est rapprochée de celle du Français d'origine, spécialement après la loi du 9 janvier 1973. La loi du 22 juillet 1993 n'a que très peu innové en ce domaine.

Ces oscillations législatives laissent d'ailleurs intact le problème de la politique des naturalisations qui est abandonné, et nécessairement, à la discrétion du gouvernement: il appartient à l'administration de considérer, suivant les circonstances, les intérêts du pays et la personnalité des candidats(3).

112. (2) V. B. Schnapper, *La naturalisation française au XIX^e siècle ; les variations d'une politique*, in *La condition juridique de l'étranger hier et aujourd'hui*, Nimègue, 1988, p. 209 et s., qui relève le rôle des préoccupations idéologiques, à partir de 1880, dans l'adoucissement des conditions de la naturalisation.

On étudiera successivement les conditions de la naturalisation, ses effets, puis la réintégration(4).

§ 1. Conditions de la naturalisation.

113. Contrôle de dignité, âge et stage. – La naturalisation n'était subordonnée traditionnellement qu'à deux conditions de fond, l'une d'âge, l'autre de stage. La loi française n'a jamais exigé que le candidat à la naturalisation perdît sa nationalité antérieure au regard de la loi qui la lui conférait(1). Le système actuellement en vigueur ajoute aux conditions antérieures un contrôle de dignité portant sur la moralité du candidat à la naturalisation et son degré d'assimilation; il sera envisagé tout d'abord(2).

1° La *moralité* de l'impétrant sera un obstacle (art. 68, 21-23 c. civ.) s'il est constaté qu'il n'est pas de « bonne vie et mœurs », ce qui n'ajoute guère au pouvoir traditionnel d'appréciation de l'administration, ou, innovation plus positive, s'il a fait l'objet de certaines condamnations, énumérées par le nouvel article 79, C. nat. (21-27 c. civ., v. *supra*, n. 104-2)(3).

112. (3) V. *infra*, n. 116 les décisions pouvant être prises par l'administration; Niboyet, I, n. 230 et les statistiques données p. 300, note 1 ; *adde* les chiffres donnés par les réponses ministérielles publiées R. 1950.707, 1960.669, 1980.150. V. aussi les « rapports sur la situation démographique de la France », publiés régulièrement dans la revue *Population*. En 1991 (v. Decouflé, *op. cit.*, n° 87, note 6) 26887 personnes ont acquis la nationalité française par décret (dont 23177 naturalisés), sans compter l'effet collectif de ces acquisitions sur les enfants mineurs (12558 en 1991 v. *infra*, n° 120, note 1).

(4) Sur l'ensemble, v. Olekhnovitch, *La jurisprudence actuelle du Conseil d'État en matière d'acquisition, de retrait et de perte de la nationalité française*, R. 1992. 363-393, citant de nombreuses décisions inédites.

113. (1) Cette condition est encore exigée en Allemagne (directives sur la naturalisation du 1er juil. 1977, § 5), en Espagne (art. 20 et 22 C. civ., réd. L. 13 juil. 1982) et au Japon (L. 1984, art. 5), ainsi qu'en principe, mais avec des nuances, au Luxembourg (art. 7 L. 22 fév. 1968, réd. L. 11 déc. 1986), aux Pays-Bas (art. 9 L. 19 déc. 1984) et en Suisse (art. 17 L. 29 sept. 1952).

(2) L'article 70 du Code de la nationalité prescrivait aussi un examen médical; il a été abrogé par la L. 22 déc. 1961 (v. déjà Ord. 7 janv. 1959) qui a cependant omis de modifier en conséquence l'art. 71 (21-25 c. civ.) non modifié par les L. 9 janv. 1973 et 22 juil. 1993. Le D. 10 juill. 1973, art. 32, maintient l'exigence de l'examen médical. V., ne censurant pas le rejet d'une demande, fondé partiellement sur la cécité de l'intéressé, Cons. d'État 18 janv. 1993, D. 1993. I.R. 54. Sur le cas des majeurs incapables, v. la rép. min. R. 1982. 601.

(3) Le « certificat de bonne vie et mœurs », dont la signification était effectivement douteuse, a été supprimé par le D. 16 mai 1952, qui l'a maintenu seulement dans les consulats français au profit des Français, et en France au profit des personnes se rendant à l'étranger. Le contrôle de la condition de moralité reste cependant distinct de celui de l'absence de condamnation pénale, v. Cons. d'État 10 janv. 1992, D. 1993.159, note Guiho,, J.C.P. 1992.IV.1138, obs. M.-C. Rouault (retrait de naturalisation). Les condamnations énumérées à l'art. 79 s'opposent non seulement à la naturalisation, mais aussi, sauf les exceptions indiquées, à tout autre mode d'acquisition de la nationalité française. L'article 68, al. 2 (21-23 c. civ.), prévoit même le cas de condamnations prononcées à l'étranger. (v. Cons. d'État

Ce même article exclut aussi les expulsés et ceux qui ont fait l'objet d'une interdiction du territoire[4], ainsi que ceux qui ne sont pas en situation régulière de séjour (L. 24 août 1993, v. *supra*, n. 104-2 et note 4).

L'*assimilation* de l'impétrant doit enfin être établie, décide l'article 69 (21-24 c. civ.) sans autre spécification que «notamment par une connaissance suffisante selon sa condition de la langue française». L'assimilation fera l'objet d'un procès-verbal de l'autorité administrative[5].

2° *L'âge de 18 ans* (art. 66, C. nat., 21-22 c. civ.), requis sauf exception depuis la loi de 1927, coïncide aujourd'hui avec celui de la majorité civile (L. 5 juill. 1974)[6], ce qui simplifie les problèmes de capacité[7].

3° Le stage de droit commun, qui est la meilleure présomption d'assimilation, est fixé à cinq ans de «résidence habituelle» en France (art. 62, 21-17 c. civ.). L'expression de résidence avait été adoptée dès 1889 sans doute pour éliminer toute discussion sur le droit de l'étranger à un domicile en France (n. 179); l'adjectif «habituel», mieux adapté que le «non interrompu» du texte de 1927, consacre en substance pour la naturalisation la jurisprudence qui éclaire l'article 44 (n. 104-1). Le Conseil d'État exige que l'intéressé ait «fixé en France de manière stable le centre de ses intérêts»[8], ce qui entraîne notamment l'irrecevabilité des demandes présentées par des étrangers poursuivant en France des études supérieures et dont les revenus principaux proviennent de leur famille, restée à l'étranger[9].

---

5 déc. 1986, *Rec.* Tables, p. 530, G.P. 1987.2 Som. 429. Une condamnation amnistiée peut être considérée comme contraire à la condition de bonne vie et mœurs, Cons. d'État 7 mai 1952, *Wajnryb*, *Rec.* 216.

113. (4) Sur ce qu'un arrêté d'assignation à résidence ou de reconduite à la frontière ne sont pas des obstacles à l'acquisition, v. Cons. const., 20 juil. 1993; cf. *supra*, n. 104-2, note 3. L'ancien article 65, al 2, dont les dispositions n'ont pas été reprises expressément, indiquait que la résidence en France pendant les effets de l'arrêté rapporté sera décomptée du stage requis.

(5) V. art. 31, D. 10 juill. 1973. Comme il résulte clairement de l'adverbe «notamment», il ne s'agit que d'une indication énonciative (Cons. d'État 23 déc. 1949, *Albonico*, R. 1951.619, note Y.L.) V., pour l'irrecevabilité de la demande, Cons. d'État 5 fév. 1986, G.P. 1986. 2. Som. 316; 23 sept. 1988, J.C.P. 1988.IV.360, G.P. 1989.1 Som. 247.

(6) L'âge de 18 ans avait été retenu en 1927 pour permettre aux impétrants de suivre du point de vue militaire leur classe d'âge. Avant la L. 5 juill. 1974, les personnes bénéficiant d'une dispense du stage (art. 64, *infra*, n. 115) étaient dispensées de toute condition d'âge. C'est à nouveau le cas, depuis la L. 22 juil. 1993, de l'enfant mineur non compris dans l'effet collectif de l'acquisition par son auteur de la nationalité française, bénéficiaire d'une dispense de stage (art. 64, 1° — 21-19 c. civ. — auquel renvoie l'art. 66 — 21-22 c. civ.). La demande est présentée par l'intéressé, sans autorisation à partir de l'âge de seize ans, par représentation en dessous de cet âge (art. 5, c. nat., 17-3 c. civ.).

(7) V. autrefois, pour la femme mariée, la célèbre affaire de *Bauffrémont*, Civ. 18 mars 1878, s. 1878.1.193, *Grands arrêts*, n. 6, v. *infra* n. 371. Cf. Niboyet, R.1935.107 et Seine 8 mai 1936, R.1937.456, note Marc Ancel.

(8) Cons. d'État, 28 fév. 1986, R. 1986.457, concl. Denoix de St Marc, note Lagarde; 11 juill. 1986, G.P. 1987.1. Som. 239; 26 fév. 1988, J.C.P. 1988.IV.88; 28 mars 1990 et 25 avril 1990, D. 1991.44, note Guiho. Cf. déjà 25 juill. 1985, *Rec.* 229. Comp. Trib. adm. Nantes 17 juin 1991, G.P. 1992.1. Pan.dr.adm.69.

(9) V. un examen détaillé de ces cas dans l'art. précité de G. Olekhnovitch, R. 1992.368 et s.

La condition de résidence en France au jour de la signature du décret de naturalisation est énoncée comme distincte par le texte (art. 61, 21-16 c. civ.); elle n'est que le complément naturel de la condition de stage requise jusqu'au jour du dépôt de la demande[10].

114. Réductions de stage. – Le stage ainsi défini est réduit à *deux ans* (art. 63, 21-18 c. civ.) dans deux cas.

Premier cas. Services rendus. – Bénéficie de la réduction l'étranger «qui a rendu ou qui peut rendre par ses capacités et ses talents des services importants à la France» (art. 63, 2°, réd. L. 1973). Cette formule souple, plus sobre que celle du Code de 1945, laisse à l'administration une assez grande latitude, qui peut lui permettre de naturaliser rapidement des candidats individuellement dignes d'intérêts[1].

Deuxième cas. Études supérieures. – Peut également être naturalisé après deux ans de stage l'étranger qui «a accompli avec succès deux années d'études supérieures en vue d'acquérir un diplôme délivré par une université ou un établissement d'enseignement supérieur français» (art. 63-1°). La réduction est justifiée par l'idée, adoptée dès 1927, que la formation intellectuelle française présume l'assimilation[2].

115. Dispense de stage. – La dispense de stage, qui implique cependant la résidence en France au jour de la naturalisation (art. 61, 21-16 c. civ.), est prévue dans trois groupes de cas[1].

---

113. (10) La résidence en France devait satisfaire aux règles sur le séjour jusqu'à l'abrogation de l'art. 79 ancien par la L. 22 déc. 1961. Cette conditioin a été rétablie et réinsérée dans l'art. 79 par la L. 24 août 1993. Le Conseil d'État (15 juin 1987, R. 1988.683, note P.L., *Rev. fr. dr. adm.* 1987.627, concl. Schrameck) avait déjà toutefois rétabli indirectement cette condition en considérant que l'étranger en situation irrégulière ne pouvait justifier d'une résidence stable en France. L'Ord. 7 janv. 1959 a introduit dans l'article 62, originairement muet, la formule déjà rencontrée pour l'article 44 concernant la résidence de l'étranger naturalisable dans un territoire anciennement lié à la France, v. la rép. min., R. 1966.750. Sur l'appréciation de la condition de résidence pour les frontaliers, v. la rép. min. R. 1974.171. Les assimilations de résidence en France prévues par l'art. 78 (*supra*, n° 104-1 et note 2), spécialement en cas d'activité professionnelle à l'étranger, permettent à la France de naturaliser, peut-être abusivement, des personnes ayant leur résidence à l'étranger (Cons. d'État, 29 nov. 1989, A.J.D.A. 1990.197, obs. Pretot, concl. Abraham, R. 1991, Som. 782), quel que soit le niveau des responsabilités éxercées (Cons. d'État 17 oct. 1986, G.P. 1987.I.Som. 251). Le Conseil d'État contrôle l'«intérêt particulier» que l'activité de l'étranger présente pour la France (Cons. d'État, 25 avril 1990, G.P. 1991.I. Som. 40).

114. (1) La règle figurait déjà dans la loi de 1889, inspirée elle-même de la loi de 1867 (v. aussi le sénatus-consulte du 26 vendémiaire an IX cité par Boulbès, n. 443).

(2) Le texte de 1945 exigeait que l'étranger soit déjà titulaire d'un diplôme d'études supérieures, ce qui, vu la durée des études, ôtait presque tout intérêt à la règle. Le texte nouveau ne mentionne plus que les études sont faites en vue de l'acquisition d'un diplôme d'*État;* il pourrait donc viser également les diplômes d'université et ceux délivrés par des établissements privés d'enseignement supérieur. La condition de résidence stable en France retire presque tout intérêt à ce cas de réduction de stage.

115. (1) Sur la notion de résidence habituelle pour l'art. 64, v. la rép. min. R. 1964.160. La suppression de toute condition de domicile ou résidence en France, mais non d'âge d'ailleurs, se trouve dans la loi (à objet limité dans le temps) du 3 févr. 1939 autorisant la naturalisstion de certains *protégés* français (v. aussi L. 21 sept. 1948; cf. déjà la loi du 26 juill. 1925 sur la naturalisation des protégés français de Turquie). L'ancien régime avait toujours maintenu la condition de résidence, il exigeait même sa persistance après la naturalisation

Premier groupe. Liens familiaux. – Il s'agit ici de permettre la naturalisation sans stage à certains membres de la famille d'un étranger devenu français et qui n'ont pas été compris dans les effets collectifs de l'acquisition de la nationalité française, savoir l'enfant, mineur ou majeur, et le conjoint (art. 64 1° et 2°, 21-19 c. civ.)(2).

Deuxième groupe. Mérites personnels. – Le Code de 1945 a ajouté trois nouveaux cas de dispense de stage.

a) Il s'agit tout d'abord de «*l'étranger qui a rendu des services exceptionnels* à la France ou celui dont la naturalisation présente pour la France un intérêt exceptionnel» (art. 64-6°). On conçoit que la dispense de tout stage puisse être utile en certains cas, mais alors la réduction du stage à deux ans pour services rendus de l'article 63-2° n'a plus grand sens. Existe-t-il un critère de distinction entre les services importants et les services exceptionnels? Il est vrai que dans le cas de l'article 64-6° le décret de naturalisation sera pris après avis conforme du Conseil d'État; mais cette législation paraît plus compliquée qu'il ne conviendrait eu égard au nombre infime des cas en jeu (v. *infra*, note 6).

b) L'article 64-4° modifié par la loi du 22 déc. 1961 concerne «l'étranger qui a effectivement accompli des *services mllitaires* dans une unité de l'armée française». Une disposition analogue figurait dans les textes antérieurs avec la réduction de stage pour services rendus(3).

Troisième groupe. Liens particuliers avec la France. – La loi prévoit encore les deux cas suivants :

a) «La personne *qui appartient à l'entité culturelle et linguistique française*, lorsqu'elle est ressortissante des territoires ou États dont la langue officielle ou l'une des langues officielles est le français». Le texte pose comme condition que le français soit la langue maternelle de l'intéressé ou que celui-ci justifie d'une scolarisation minimale de cinq ans dans un établissement enseignant la langue française (art. 64-1, 21-20 c. civ., réd. L. 22 juil. 1993). Ces conditions ne sont pas exigées de «tout étranger francophone qui contribue par son action émérite au

---

pour que celle-ci conservât ses effets, v. Boizet, thèse Paris, 1943, pp. 71. 198. Elle avait été supprimée par la loi soviétique du 22 avril 1931, permettant aux agents diplomatiques russes de naturaliser des étrangers non résidents (V. Sandifer, *Soviet Citizenship, Am. J. of int. law*, 1936.614).

115. (2) La L. 22 juil. 1993 a supprimé la dispense de stage au profit du père ou de la mère de trois enfants mineurs (art. 64, 3° ancien). La L. 5 juill. 1974 avait fait de même pour la dispense de stage accordée à l'enfant mineur dont un parent avait acquis la nationalité française (art. 64-1°), sous réserve d'une disposition transitoire (art. 7, modifiant art. 26, 2°, L. 9 janv. 1973; sur le sens de cette disposition, v. P. Lagarde, R. 1974.834, note 1). La L. 9 janv. 1973 avait déjà fait disparaître la faveur faite à l'étranger adopté par un Français ainsi qu'à l'enfant dont l'un des parents avait perdu la qualité de Français pour une cause autre que la déchéance et indépendante de sa volonté. Il convient de signaler ici la disparition de toute faveur aux descendants des proscrits de l'Édit de Nantes. La loi des 9-15 déc. 1790 leur avait accordé un droit à devenir français, la loi de 1889 le subordonna à l'obtention d'un décret spécial, celle de 1927 en fit une simple naturalisation sans condition de stage, le Code de 1945 a mis le point final à une évolution qui, d'un honorable souci de justice, avait abouti à une règle ne correspondant plus à aucune réalité.

(3) Le texte concerne aussi celui qui, «en temps de guerre, a contracté un engagement volontaire dans les armées françaises ou alliées». L'article 10 de l'ordonnance de promulgation, abrogée par la L. 1973, prévoyait au surplus la même faveur durant les cinq ans suivant la cessation des hostilités pour les étrangers ayant «pris une part active à la résistance», v. le D. 7 oct. 1947. Cf. aussi la loi du 5 août 1914 sur les engagés pour la durée de la guerre.

rayonnement de la France et à la prospérité de ses relations économiques internationales» (art. 64-2 nouveau, 21-21 c. civ.)(4). La communauté de langue est la garantie d'une assimilation rapide, d'où cette consécration de la notion de francophonie par notre droit de la nationalité.

b) «Le ressortissant ou ancien ressortissant *des territoires et États sur lesquels la France a exercé soit la souveraineté, soit un protectorat, un mandat ou une tutelle*» (art. 64-5°). Ce texte date de la loi du 22 décembre 1961. Il avait perdu de son utilité avec la reconnaissance de la nationalité, plus favorable, instituée par la loi du 28 juillet 1960 et l'ordonnance du 20 juillet 1962. Il l'a retrouvée avec la suppression de la reconnaissance (lois des 20 décembre 1966 et 9 janvier 1973), puis celle de la réintégration des ressortissants des anciens(5) territoires d'outre-mer (loi du 22 juillet 1993, *supra* n. 75 et 76).

c) La loi du 22 juillet 1993 a ajouté à la liste des dispensés de stage «l'étranger qui n'a pas procédé à la manifestation de volonté d'être français prévue à l'article 44 avant l'âge de 21 ans» (art. 64, 7°, 21-19 c. civ.).

Les différents cas de naturalisation sans stage ou avec dispense de stage sont d'application assez rare(6).

116. Procédure de la naturalisation. – La naturalisation est accordée par décret après une enquête diligentée par le *préfet* (1); le décret du 10 juillet 1973 (art. 30) indique que le ministre doit pouvoir «apprécier si la faveur sollicitée est justifiée au point de vue national en raison notamment de la situation de famille, de la profession de l'intéressé, de la durée de son séjour en France et des renseignements fournis sur ses résidences antérieures à l'étranger». Le préfet désigne une autorité qui peut être le *maire* de la résidence du postulant pour qu'elle convoque ce dernier, constate son degré d'assimilation, notamment quant à la connaissance de la langue française, et en dresse le procès-verbal; le préfet doit transmet-

---

115. (4) La naturalisation est alors accordée sur proposition du minitre des Affaires étrangères. L'intéressé n'est pas pour autant dispensé de résider en France au moment de sa demande, contrairement à ce que souhaitaient les sénateurs à l'origine du texte.

(5) L'art. 64-5° s'applique même si la nationalité de l'État issu de l'ancien T.O. M. a été acquise par naturalisation (Cons. d'État, 1er avr. 1988, J.C.P. 1988.IV.203, R. 1990. Som. 769. La L. 22 déc. 1961 prévoyait aussi la naturalisation sans stage au profit de l'étranger ayant la possession d'état de Français depuis dix ans. Allant plus loin, la L. 9 janv. 1973 a fait de cette hypothèse un cas de réclamation de la nationalité française (art. 57-1 , v. n. 106). *Adde* la dispense de stage prévue par l'Ord. 5 sept. 1980 pour certains étrangers du Vanuatu (art. 3).

(6) La répartition par nationalité antérieure et par durée du séjour en France des naturalisés fait apparaître de grandes disparités selon l'origine des intéressés. Alors que pour l'immigration traditionnelle (Europe du Sud, Maghreb), la durée du séjour en France dépasse le plus souvent 15 ans, elle est généralement inférieure à 10 ans et même souvent à 5 ans pour les naturalisés en provenance de l'ancienne Indochine, du Liban, de l'Europe de l'Est et même de Turquie (v. pour l'année 1991, Decouflé, *La politique de la nationalité dans les chiffres*, p. 42.)

116. (1) Le préfet reçoit la demande adressée au ministre, art. 28, D. 10 juill. 1973; ce texte indique aussi les autorités qualifiées pour recevoir la demande dans les territoires d'outre-mer et à l'étranger. Les attributions du ministre de la Justice sont passées, pour l'obtention des naturalisations, au ministre chargé de la Population (D. 24 déc. 1945). Sur les critères retenus lors de l'examen au fond, v. la rép. min., R. 1972.800. Sur l'ensemble, v. Aymond, *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 502-E, n. 55 et s.

tre le dossier au ministre, avec son avis motivé tant sur la recevabilité que « sur la suite qu'elle paraît comporter » (art. 33)[2].

Le ministre peut prendre quatre types de décisions.

– Si la demande est irrecevable, le ministre est tenu de prendre une décision d'irrecevabilité[3]. Celle-ci, notifiée à l'intéressée, doit être *motivée* (art. 110 c. nat., 27 c. civ.) : cette heureuse innovation du code de 1945 a permis de déférer ces décisions à la juridiction administrative[4].

– Si la demande est recevable et appelle une suite favorable, le ministre propose le décret de naturalisation, qui doit être publié au *Journal officiel* (D. 10 juil. 1973, art. 40) et qui n'a pas d'effet rétroactif[5]. Il est notifié à l'intéressé[6].

On pourrait admettre un recours pour excès de pouvoir contre un décret prétendu illégal[7], mais les intéressés à une telle procédure sont rares et ne se révèlent qu'après l'expiration des délais. Aussi la jurisprudence n'en offre-t-elle pas d'exemple. Les tribunaux judiciaires, par contre, se refusent à contrôler la légalité du décret de naturalisation, par exemple en cas de fraude alléguée à une loi étrangère[8], parce qu'il constitue « un acte administratif individuel et spécial »[9].

116. (2) V. pour les délais du procès-verbal et de la transmission l'art. 33 D. 10 juill. 1973. Le préfet ne saurait donc rejeter la demande qui lui paraîtrait certainement irrecevable en droit : Cons. d'État 9 nov. 1925, G.P. 1926.1.93. Les articles 34, 35 et 36 fixent les formalités et les délais à l'étranger, outre-mer et sous les drapeaux. Cf. Lagarde, *op. cit.*, n° 190.

(3) Cons. d'État, 1er fév. 1989, D. 1989.I.R. 68, R. 1990. Som. 770. Le ministre est tenu de se prononcer sur la recevabilité, Cons. d'État, 13 fév. 1987, D. 1987.I.R. 48.

(4) Le tribunal administratif territorialement compétent est celui dans le ressort duquel a son siège l'autorité qui a pris la décision attaquée, v. Cons. d'État, 26 avril 1985, R. 1986.732.

(5) Le D. 10 juill. 1973 (art. 40) précise, comme l'ancien art. 110, C. nat., que le décret prend effet à la date de sa signature et réserve la validité des actes passés entre la signature et la publication. La jurisprudence antérieure regardait la publication comme une condition de validité du décret (Civ. 16 juill. 1894, S. 94.1.457, J. 94.1023) et faisait partir ses effets du jour de cette publication (Paris 2 mars 1938, R. 1938.235). La réserve des droits des tiers par l'article 110 du Code de 1945 a été jugée inapplicable aux naturalisations antérieures : Civ. 14 févr. 1956, R. 1957.31, note Loussouarn, J.C.P. 1957.II.9310, note Aymond.

(6) V. la rép. min. R. 1985.761.

(7) V. Niboyet, I, n° 251 bis et les réf. ; Lagarde, *La nationalité française*, n° 193.

(8) Civ. 6 juill. 1922, *Ferrari*, S. 1923.1.5, R. 1922-23.444 ; Civ. 5 févr. 1929, S. 1930.1.81, note Audinet ; Req. 1er avril 1930, J. 1931.385 ; Nancy 13 juill. 1950, G.P. 1950.2.281.

(9) Rapport du Cons. Colin, S. 1923.1.10. V. cep. Paris 16 juill. 1948, J.C.P. 1948.II.4535, note J.M., R. 1949.493 ; pour le rejet de l'allégation de fraude à la loi étrangère, v. Paris 12 déc. 1963, J. 1965.122. Cf. Audit, *La fraude à la loi*, 1974, nos 332 et s. On a suggéré (Laferrière, *Des voies de recours contre les décrets en matière de nationalité*, R. 1924.188) que les intéressés pourraient cependant soulever devant la juridiction civile la question préjudicielle et introduire devant la juridiction administrative le recours en appréciation de validité, qui n'est soumis à aucun délai ; cf. Cons. d'État 19 janv. 1973, J. 1973.737, Aymond. *Contra*, Boulbès, *Dr. fr. de la nationalité*, n. 871. Sur les rectifications en cas d'erreur matérielle, v. Aymond, *loc. cit.*, n. 114 et s.

– Si, pour des raisons d'opportunité, le ministre estime ne pouvoir donner suite à la demande, il prononce une décision de rejet ou une décision d'ajournement (art. 39, D. 10 juil. 1973 ; v. déjà art. 24, D. 2 nov. 1945). Cette dernière, souvent assortie d'un délai et de conditions imposées à l'intéressé[10], a juridiquement la même nature qu'une décision de rejet[11], mais permet à l'intéressé de formuler une nouvelle demande lorsque les conditions imposées sont remplies[12].

La loi de 1993, modifiant sur ce point le droit antérieur, a également soumis à motivation les décisions ajournant ou rejetant une demande de naturalisation (art. 110 nouveau, 27 c. civ.), suivant en cela une proposition (n. 29) de la Commission[13].

La naturalisation étant une faveur et non un droit, même lorsque les conditions de recevabilité sont remplies[14], le contrôle exercé par la juridiction administrative est restreint aux points indiqués[15].

117. Rapport de la naturalisation. – Le décret de naturalisation peut être rapporté dans deux cas.

1° « Si le requérant ne satisfait pas aux conditions légales », le décret peut être rapporté sur avis conforme du Conseil d'État dans le délai d'*un an* à compter de sa publication (art. 112, 27-2 c.civ.). Le Conseil d'État admettait antérieurement, en l'absence de textes, le retrait du décret par l'administration dans le délai du recours pour excès de pouvoir[1].

116. (10) Par exemple une condition d'assimilation, v. Cons. d'État, 25 juill. 1986, G.P. 1986. 2. Som. 464.

(11) Cons. d'État, 30 mars 1984, *Abecassis*, J. 1984.577, note F. Julien-Laferrière, R. 1985. Som 692.

(12) En cas de décision de rejet pure et simple, une nouvelle demande ne peut être présentée qu'avec l'autorisation préalable de l'administration. C'est ce qu'on appelle l'autorisation de reprise (Circ. 12 fév. 1974).

(13) La solution avait été préparée par le Conseil d'État qui avait jugé à plusieurs reprises que « cette règle de forme [de la non motivation de ces décisions] ne fait pas obstacle au pouvoir du juge administratif d'exiger de l'Administration qu'elle fasse connaître les motifs de telles décisions afin de vérifier si elles ne sont pas entachées d'erreur de droit ou de fait, d'erreur manifeste ou de détournement de pouvoir (Cons. d'État, 27 mai 1983, *Époux Cajarville*, G.P. 1984.I. Som. 140 ; 25 nov. 1983, G.P. 1984.II. Som. 395 ; 27 juil. 1984, G.P. 1985.1 Som. 133 ; 27 fév. 1985, J. 1985.643, note Julien-Laferrière ; 9 oct. 1985, J.C.P. 1986.IV.86 ; 4 déc. 1987, D. 1988.I.R.5. L'administration pouvait opposer le secret garanti par la loi (Cons. d'État 25 nov. 1983, préc. ; trib. adm. Paris, 9 janv. 1985, G.P.1985.1 Som. 148.

(14) Cons. d'État, 30 mars 1984, préc. (note 11) ; 14 fév. 1987, D. 1988.I.R.5 ; 1er fév. 1989, préc. (note 3).

(15) V., pour le contrôle de l'erreur de droit : Cons. d'État, 26 sept. 1986, G.P. 1987.2. Som. 324 ; 11 mai 1987, D. 1988. Som. 135, obs. Waquet et Julien-Laferrière ; 24 juin 1988, G.P. 1988.2.740 ; pour celui de l'erreur manifeste d'appréciation : 31 mars 1989, G.P. 1989.2. Som. 492. Le rejet ou l'ajournement peuvent se fonder sur des faits couverts par une loi d'amnistie, Cons. d'État, 30 mars 1984, préc. (note 11).

117. (1) Le décret rapportant la naturalisation peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, d'où sans doute la condition, posée seulement par la L. 9 janv. 1973, d'un avis conforme du Conseil d'État avant le décret de retrait. Le point de départ du délai du recours semble être la date de notification à l'intéressé du décret – bien que cette notification ne soit pas prévue par les textes – et non celle de la publication (en ce sens, à propos d'un décret de libération d'allégeance, Cons. d'État 28 janv. 1966, J.C.P. 1966.II.14789, 1re esp., note

2° «Si la décision a été obtenue par mensonge ou fraude», le décret intervenu peut être rapporté dans le délai de *deux ans* à partir de la découverte de la fraude» (art. 112)[2]. Mais le retrait ne pourra avoir lieu si le fait inexact «n'a pas été retenu lors de l'intervention du décret» de naturalisation[3].

3° La loi de 1983 a abrogé l'article 114 qui envisageait le cas d'une naturalisation obtenue à la suite d'une *convention* conclue en vue d'en faciliter l'obtention, et prévoyait alors le retrait du décret dans le délai d'*un an* à partir du jugement de condamnation pour les manœuvres convenues (art. 114). A également été abrogé l'article 113 édictant des sanctions pénales contre le tiers qui s'était entremis pour obtenir la naturalisation[4].

§ 2. Effets de la naturalisation

118. A) Effets personnels de la naturalisation.

Le naturalisé acquiert la qualité de Français, il bénéfice donc désormais des droits et est soumis aux obligations qui en résultent (art. 80, C. nat., 22 c.civ.), notamment au service militaire actif; néanmoins il ne sera pas retenu sous les drapeaux au-delà de l'âge de 29 ans[1].

Son assimilation sera aidée par la «*francisation*» éventuelle de son nom, qui consiste «soit dans la traduction en langue française de ce nom, soit dans la modification nécessaire pour faire perdre à ce nom son apparence, sa consonance ou son caractère étranger», et par la francisation de ses prénoms ou de l'un d'eux c'est-à-dire par la substitution à un prénom étranger d'un prénom français ou dans l'attribution complémentaire d'un

---

Aymond; cf. Lagarde, *op. cit.*, n° 199. Le Conseil d'État contrôle la qualification et la réalité des faits retenus comme exclusifs de la condition de bonne vie et mœurs (20 oct. 1950, R. 1951.473; 4 janv. 1957, R. 1958.693, J. 1957.760). Une condamnation pénale n'est pas nécessaire mais des condamnations pour infractions économiques graves peuvent suffire (25 juin 1958, J. 1959.462). Le décret ne peut retenir que des faits antérieurs à la naturalisation (Cons. d'État 19 janv. 1973, J. 1973.737, chr. Aymond), mais peu importe qu'ils aient été connus à la date de la naturalisation (23 déc. 1949, R. 1951.619, note Y.L.; 1er février 1952, J. 1952.1208; 10 janv. 1992, J.C.P. 1992.IV.1138, D. 1992.I.R.86. Il suffit que le décret soit signé dans le délai légal, sa publication peut être postérieure à l'expiration de ce délai; les explications préalables ne sont pas requises, ne s'agissant pas d'une «sanction» (même arrêt).

117. (2) Le Conseil d'État avait antérieurement admis sans condition de délai le retrait du décret pour fraude (12 avril 1935. *Rec. Lebon*, 520); le décret du 12 novembre 1938 l'avait enfermé dans un délai de dix ans. Rigueur ou omission, la loi de 1973 n'a repris ni la réserve des droits des tiers du texte précédent, ni l'existence d'un avis conforme du Conseil d'État, l'intéressé averti.

(3) Cons. d'État 4 janv. 1957, R. 1958.693, J. 1957.760 (déclaration inexacte des revenus). Cf. Aymond, J. 1964.581.

(4) L'application de ce texte aux avocats avait suscité des interrogations, v. les rép. min. R.1990.189, 1993.361.

118. (1) L'art. L. 17 C. serv. nat. (anciennement art. 13, L. 31 mars 1928) soumet aux obligations de recensement les hommes devenus français entre 18 et 50 ans. Sur les modalités du recensement, v. art. R. 29, C. serv. nat. et sur la dispense de service actif après 29 ans, art. R. 14. Le temps passé par les naturalisés dans l'armée de leur pays d'origine vient en déduction de leurs obligations de service actif (art. L. 68).

tel prénom ou, en cas de pluralité de prénoms, par la suppression du prénom étranger pour ne laisser subsister que le prénom français (L. 25 oct. 1972, réd. L. 8 janv. 1993)[2].

L'état civil des naturalités, comme d'ailleurs de toute personne qui acquiert ou recouvre la nationalité française, est tenu, lorsque ces personnes sont nées à l'étranger ou s'y sont mariées, par le service central de l'état civil créé au ministère des Affaires étrangères par D. du 1er juin 1965[3].

119. Disparition des incapacités des naturalisés. – L'article 80 du code de la nationalité (22 c. civ.), dans sa rédaction actuelle qui date seulement de la L. 8 décembre 1983, dispose que «la personne qui a acquis la nationalité française jouit de tous les droits et est tenue à toutes les obligations attachés à la qualité de Français, à dater du jour de cette acquisition», sans plus réserver aucune incapacité particulière.

Cette loi du 8 décembre 1983 a ainsi mis fin à une période, inaugurée par la L. 26 juin 1889[1], qui avait vu se développer, surtout entre les deux guerres, de nombreuses incapacités, d'abord politiques[2], puis professionnelles[3], à l'encontre des «étrangers naturalisés», selon l'expression encore employée par la L. 9 janv. 1973. Maintenues en 1945 et pour l'essentiel en 1973, ces incapacités ont commencé à être démantelées par une loi du 17 juillet 1978[4] et celles qui subsistaient ont disparu avec les lois des 8 et 20 décembre 1983[5]. Depuis lors, le naturalisé peut donc

---

118. (2) Sur la francisation v. successivement l'art. 34, Ord. 2 nov. 1945, L. 3 avril 1950 (v. Loisel, J.C.P. 1950.I.865), 3 juill. 1965, 25 oct. 1972, mod. L. 8 janv. 1993. Sur cette dernière loi, v. C. Monniot, R. 1993.111. Sur la mention de la francisation en marge des actes de l'état civil, v. actuellement L. 25 oct. 1972, mod. L. 8 janv. 1993, art. 12, et art. 11 sur l'opposition. La francisation n'exclut plus un changement ultérieur de nom selon la procédure de droit commun (art. 12-1 nouveau L. 25 oct. 1972, mod. L. 8 janv. 1993. V. antérieurement TGI Montluçon, 12 avril 1974, D. 1974.639, note Ayache).

(3) V. les art. 98 à 98-4 C. civ., réd. L. 12 juill. 1978 (R. 1978.786, commentaire Lagarde), et D. 25 avril 1980. Ces textes prévoient pour ces personnes la création directe, par les officiers de l'état civil du service central, d'actes tenant lieu d'actes de naissance et d'actes de mariage, si du moins les actes originaires n'ont pas déjà été transcrits sur des registres français (cf. D. 3 août 1962 et Instr. gén. sur l'état civil, n° 505). Ce système avait été prévu à l'origine seulement pour les actes de naissance et pour les naturalisés et réintégrés par décret (Ord. 7 janv. 1959).

119. (1) La loi de 1889 prévoyait une inéligibilité au Parlement pendant dix ans. Sur les précédents dans l'ancien droit, v. Niboyet, I, 1re éd., p. 310, note 3. Déjà en Grèce le décret athénien de 451 réservait la *politeia* aux enfants nés de père et de mère athéniens, v. Will, *Le monde grec et l'Orient*, I, 1972, p. 421.

(2) Aggravées par la loi du 10 août 1927, qui étendait l'inéligibilité à tous les mandats électifs, puis par le D. 12 nov. 1938 qui enleva aux naturalisés le droit de vote, pendant cinq ans, et, bien entendu, par le régime de Vichy.

(3) La L. 19 juill. 1934 leur interdit l'accès aux emplois publics, au barreau et aux offices ministériels. De nombreuses lois spéciales fermaient aussi aux naturalisés, pendant une durée variable, l'accès à certaines professions.

(4) Cette loi fit disparaître les incapacités professionnelles.

(5) R. 1984.161, note P.L. Ces deux lois ont fait disparaître du code de la nationalité et du code électoral les dernières incapacités électorales du naturalisé.

s'inscrire immédiatement sur les listes électorales[6] et accéder à toute profession[7].

120. B) Effets collectifs de la naturalisation.

La naturalisation d'un étranger ou, plus généralement, l'acquisition par un étranger de la nationalité française, fait acquérir la nationalité française à ses enfants mineurs, sous certaines distinctions (art. 84, C. nat., 22-1 c. civ.), et permet, le cas échéant, à son conjoint et à ses enfants de solliciter leur propre naturalisation sans condition de stage (art. 64, 1° et 2°, 21-19 c. civ.).

On considère que l'assimilation constatée dans la personne de l'un des parents fait légitimement présumer celle de son conjoint et de ses enfants, surtout mineurs; la règle évoque aussi l'idée d'unité de nationalité de la famille, qui n'est pas un objectif avoué du législateur, mais qui est perçue comme favorisant la cohésion de la famille et, du fait même, l'assimilation des enfants qui seront sensibles au fait d'être traités comme des Français; enfin il a été justement observé que l'enracinement de la descendance du naturalisé dans la nationalité française est le but même de la politique des naturalisations qui en effet, sans se faire d'illusion sur l'assimilation effective de certains naturalisés, doit escompter celle de leurs enfants[1].

Le poids de ce dernier facteur ne s'est d'ailleurs manifesté que progressivement, et c'est sans doute ce qui explique que le Code civil ait penché pour le respect de la liberté individuelle en n'attribuant à la naturalisation aucun effet collectif. La loi du 7 février 1851 accorda discrètement aux enfants du naturalisé le droit de *réclamer* la nationalité française conformément à l'article 9, C. civ. En 1889 le pas décisif fut franchi par l'*attribution d'office* de notre nationalité aux enfants mineurs, mais sous la réserve prudente d'une faculté de répudiation. Celle-ci fut supprimée en 1927 avant d'être rétablie par la loi de 1993. Le Code de la nationalité consacre le résultat dans son article 84, dont les termes généraux englobent d'ailleurs, comme on l'a vu, tous les cas d'acquisition et même de reconnaissance (art. 153 ancien) de la nationalité française. La loi de 1973 a repris ces solutions en supprimant toute distinction entre le père et la mère et en limitant l'effet collectif aux enfants mineurs de 18 ans. La loi de 1993 a quelque peu restreint le domaine de l'effet collectif.

---

119. (6) Même en dehors des périodes de révision, v. Civ. 2ème, 20 juill. 1987, G.P. 1987.2. Som. 236.

(7) Le Conseil d'État a condamné les séquelles des incapacités qui subsistaient dans les milieux sportifs et déclaré illégal le règlement d'une fédération limitant le nombre de joueurs étrangers ou ayant acquis récemment la nationalité française, v. Cons. d'État, 23 juin 1989, D.1990. Som. 276, obs. Bonichot, G.P. 1989.2.878, note Houver. La Cour d'appel de Paris avait refusé de voir dans ce règlement une voie de fait permettant à la juridiction judiciaire de se reconnaître compétent (Paris, 28 juin 1989, D. 1989.I.R.253, réformant TGI Paris, 27 mai 1988, GP. 1989.1. Som. 120 et chr. Plouvin *ibid*. Doctr. 102).

120. (1) V. sur l'importance numérique de ces effets collectifs les statistiques citées par Niboyet, I, n. 265, p. 351, et les tableaux publiés dans *Population*. En 1991, l'effet collectif a concerné 12558 enfants pour un total de 26887 naturalisés et réintégrés par décret (Decoublé, *La politique de la nationalité en 1991*, p. 5).

Le domaine de l'effet collectif est limité à plusieurs points de vue.

Il ne concerne que les enfants mineurs non mariés. Les enfants majeurs n'ont plus, depuis 1927, qu'une simple faculté de solliciter la naturalisation française avec dispense de stage (*supra*, n. 115): nouvelle manifestation du souci de contrôler l'accès à la nationalité française. La dispense de stage permet d'accorder la naturalisation au conjoint et aux enfants majeurs en même temps qu'à l'intéressé.

Les enfants mineurs mariés sont considérés comme des « rameaux détachés » de la famille, ils ne suivent plus nécessairement la nationalité de leurs parents[2]. Du moins ont-ils récupéré en 1993 la dispense de stage avant naturalisation dont les avait privés la loi du 5 juillet 1974.

Pour que les enfants mineurs bénéficient de l'effet collectif, il faut encore, depuis la loi de 1993, que leur nom ait été mentionné dans le décret de naturalisation ou dans la déclaration de nationalité de leur auteur, et qu'ils aient la même résidence habituelle que celui-ci. La première condition est destinée à déjouer certaines fraudes concernant l'état civil ou certaines reconnaissances de complaisance tardives. La filiation de l'enfant doit désormais avoir été établie avant la naturalisation de son auteur.[3] La seconde condition garantit la présence en France, et donc les possibilités d'intégration de l'enfant.

En revanche, le législateur de 1993 a fait disparaître les obstacles à l'effet collectif résultant d'un arrêté d'expulsion ou d'assignation à résidence, d'une opposition du gouvernement pour indignité ou défaut d'assimilation ou de l'existence d'une condamnation pénale (art. 86 ancien c. nat.; cf art. 79 nouveau, 21-27 c. civ., réservant l'art. 84).

La *parenté génératrice* de l'effet collectif est aujourd'hui aussi bien celle du père que celle de la mère[4] et cette parenté peut être légitime, naturelle ou résulter d'une adoption plénière[5].

Les *conséquences personnelles* de l'effet collectif consistent dans l'acquisition de plein droit de la nationalité française[6].

---

120. (2) La L. 9 janv. 1973 a supprimé l'exclusion de l'effet collectif résultant du fait pour l'enfant mineur d'avoir servi dans les armées de son pays d'origine.

(3) Sur la condition de régularité du séjour v. *supra*, n.113 n. 10.

(4) Le texte antérieur ne retenait que la parenté du père légitime (ou du premier parent naturel) ou de la mère veuve, en spécifiant que la filiation devait avoir été établie selon la loi civile française. Des problèmes s'étaient posés pour la mère divorcée, v. Boulbès, *Droit fr. de la nationalité*, n. 574; Schuler, S. 1950.2.89. V. pour l'exclusion de la parenté maternelle, Civ. 19 févr. 1975, J. 1975.840, chr. Aymond, R. 1976. Som. 734; 28 juin 1989, R. 1990.79, note P.L. (à propos du D. 5 nov. 1928).

(5) Le texte nouveau de l'art. 84 c. nat. (22-1 c. civ.) omet de mentionner expressément l'adoption plénière, mais l'assimilation de celle-ci à la filiation légitime commande le maintien de la solution antérieure.

(6) La rédaction de la loi de 1973 ne précisant plus, à la différence du texte antérieur, que cette acquisition se faisait *au même titre* que celle de l'auteur, on en avait déduit que l'enfant du naturalisé n'était pas soumis à l'incapacité qui frappait son auteur, v. Cons. d'État 27 juill. 1984, *Les Petites affiches*, 6 fév. 1985, concl. Fouquet. En sens contraire, sous l'empire des textes anciens, v. l'avis du Cons. d'État 27 déc. 1934, R. 1936.438. Sur la francisation du nom et des prénoms, v. *supra*, n. 118.

Mais cette acquisition n'est pas définitive. La loi de 1993, opportunément, a accordé à l'enfant compris dans l'effet collectif une faculté de répudiation de la nationalité française pendant les six mois précédant sa majorité et pendant les douze mois la suivant, à la condition qu'il ne soit pas né en France (art. 86 nouveau, 21-3 c. civ)[7]. Bien que le texte ne le précise pas, il faut supposer que l'enfant qui répudie a conservé la nationalité qu'il possédait avant la naturalisation française de son auteur (application analogique de l'article 31). Cette faculté de répudiation peut elle-même faire l'objet d'une renonciation à partir de l'âge de seize ans.

Le Code de 1945 ayant d'autre part institué l'effet collectif en des termes généraux englobant, comme on l'a vu, tous les modes d'acquisition de la nationalité française, il faut en conclure que son acquisition en vertu de l'effet collectif *emporte elle-même effet collectif* sur les enfants de l'enfant mineur du naturalisé; mais comme le mineur marié échappe à l'effet collectif, il ne pourra s'agir que de ses enfants naturels[8].

Il paraît logique, dans le silence du texte, de considérer que l'annulation rétroactive de l'acquisition de la nationalité française par l'auteur de l'enfant se répercute sur l'enfant, si du moins cette annulation se produit au cours de sa minorité.

§ 3. La réintégration

121. Les deux formes de la réintégration. – La réintégration des anciens Français dans la nationalité française avait été conçue par le Code civil de 1804 comme un droit pour l'intéressé, à condition que celui-ci rentre en France avec l'autorisation du gouvernement et déclare vouloir s'y fixer[1]. La loi du 26 juin 1889 mit un terme à cette faculté et subordonna dans tous les cas la réintégration à un décret du gouvernement. Ce système fut maintenu par la loi du 10 août 1927 (art. 11) et par le Code de la nationalité de 1945 (art. 72 et s.), à l'exception de quelques dispositions transitoires permettant la réintégration par simple déclaration[2]. Cette idée d'un droit à la réintégration a été reprise par la loi du 28 décembre 1967[3] qui a institué, parallèlement à la réintégration par décret, une forme nouvelle de réintégration par simple déclaration de l'intéressé. La loi du 9 janvier 1973 a maintenu ces deux formes et a incorporé l'ensemble de la matière dans le Code de la nationalité, sous le même titre que la perte de la nationalité française (art. 97-2 à 97-6, 24 à

---

120. (7) V. en ce sens l'art. 14 de la loi italienne du 5 fév. 1992. Rapp. le nouvel art. 61-3 C. civ. (L. 8 janv. 1993) subordonnant l'effet collectif d'un changement volontaire de nom en consentement personnel de l'enfant du bénéficiaire, s'il est âgé de plus de treize ans.

(8) V. R. Boulbès, S. 1946.5.201, note 68.

121. (1) Art. 18 et 19; v. toutefois l'art. 21, abrogé en 1927, refusant la réintégration au Français ayant pris du service militaire à l'étranger.

(2) Loi 10 août 1927, art. 14 a, modifié par le décret-loi du 19 oct. 1939; ord. 19 oct. 1945, art. 8, modifié par L. 16 oct. 1946 et Ord. 7 janv. 1959; L. 26 déc. 1964, art. 2.

(3) V. le commentaire P. Lagarde, R. 1968.155.

24-3 c. civ.). La réintégration est ainsi devenue une institution à double visage.

122. A) La réintégration par décret.

Cette forme de réintégration a toujours été considérée comme une sorte de naturalisation de faveur, accordée elle aussi par un décret discrétionnaire du gouvernement[1] et après enquête, mais à des conditions moins strictes. La loi du 9 janvier 1973 lui a maintenu ce caractère, mais le laconisme du nouvel article 97-3, inchangé en 1993 (24-1 c. civ.) le seul consacré depuis lors à la réintégration par décret, a eu pour effet d'en modifier – et d'en aggraver – assez sensiblement le régime.

En dehors de l'absence de condition d'âge et de la dispense de stage, qui figuraient déjà dans l'ancien article 73, la réintégration par décret est soumise, «pour le surplus, aux conditions et aux règles de la naturalisation». Non seulement, comme auparavant, le réintégré doit résider en France au moment du décret (art. 61, 21-16 c. civ.) et ne pas être sous le coup d'un arrêté d'expulsion ou d'une interdiction du territoire (art. 79, 21-27 c. civ.), mais encore, depuis 1973, il doit subir un contrôle médical et un contrôle, au moins formel, d'assimilation (art. 71, 21-25 c. civ.), et les condamnations énumérées par le nouvel article 79 font obstacle à la réintégration.

Comme par le passé, le réintégré redevient français sans rétroactivité, est soumis aux mêmes obligations militaires que le naturalisé (art. L. 17, C. serv. nat.) et ses enfants bénéficieront de l'effet collectif (art. 97-6).

En revanche, et à la différence du droit antérieur (ancien art. 75), la réintégration par décret est ouverte à toute personne ayant perdu la nationalité française, pour quelque cause que ce soit, fût-ce par déchéance ou par répudiation. La loi ne pose pas davantage de condition quant à la nature de la nationalité française possédée antérieurement par le candidat à la réintégration par décret. Il en est autrement pour la réintégration par déclaration[2].

123. B) La réintégration par déclaration.

Cette forme de réintégration est réservée aux «personnes qui, alors qu'elles étaient françaises d'origine[1], ont perdu leur nationalité à raison du mariage avec un étranger ou de l'acquisition par mesure individuelle d'une nationalité étrangère» (art. 97-4 nouveau, C. nat., 24-2 c. civ.)[2].

Le texte s'applique sans difficulté à ceux qui, avant l'entrée en vigueur de la loi de 1973, ont perdu leur nationalité française, de plein droit ou

---

122. (1) V. la rép. min., R. 1966.515. Des dispositions communes précisent les conditions de forme et de retrait des décrets de naturalisation et de réintégration (art. 110 et s., 27 et s. c. civ.). V. Cons. d'État, 5 février et 26 sept. 1986, R. 1987. Som. 809.

(2) En 1991, on a compté 3 710 décisions de réintégration par décret.

123. (1) Sont considérés comme Français d'origine, à cet égard, les Alsaciens-Lorrains réintégrés de plein droit dans la nationalité française en vertu du traité de Versailles, ainsi que ceux qui, ayant acquis la nationalité française avant le 11 nov. 1918, n'ont pas eu à s'en prévaloir (art. 27, L. 9 janv. 1973 et déjà art. 3. L. 28 déc. 1967).

(2) La L. 28 déc. 1967 ne s'appliquait pas aux femmes ayant perdu par mariage la nationalité française, v. P. Lagarde, R. 1968.156. La formule de l'art. 97-4 est reprise par l'Ord. 5 sept. 1980, art. 4 (Nouvelles-Hébrides).

après autorisation, en raison de l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère ainsi qu'aux Françaises ayant répudié leur nationalité avant la célébration de leur mariage avec un étranger dont elles ont pris la nationalité. Mais dans le régime nouveau, le domaine de la réintégration par déclaration est moins certain. Tout d'abord, et du fait que l'acquisition, même volontaire, d'une nationalité étrangère n'est plus un cas de perte de plein droit de la nationalité française mais suppose une déclaration de répudiation, on pourrait juger excessif d'accorder à un individu le droit d'abandonner et de recouvrer par sa seule volonté la nationalité française. Telle paraît bien pourtant être la volonté du législateur qui fonde en ce cas la perte de la nationalité française plus sur l'acquisition de la nationalité étrangère que sur la déclaration de répudiation (art. 97-1, 1°, 23-9 c. civ.). D'autre part, en cas de mariage avec un étranger, l'article 94 (23-5 c.civ.) ne fixe aucun délai à la déclaration de répudiation de sa nationalité par le conjoint français et l'article 97-1, 2° précise que la perte de la nationalité française prend effet en ce cas à la date de la déclaration. Le conjoint français qui souscrira tardivement cette déclaration n'aura donc pas perdu la nationalité française « à raison de son mariage » et ne pourra donc prétendre souscrire de ce fait, semble-t-il, une déclaration de réintégration[3].

Comme dans le système de la loi du 28 décembre 1967, le déclarant doit « avoir conservé ou acquis avec la France des liens manifestes, notamment d'ordre culturel, professionnel, économique ou familial » (art. 97-4, al. 2, 24-2 c. civ.)[4] et ne pas tomber sous le coup des empêchements édictés par l'article 79. La loi de 1993 a abrogé la faculté d'opposition du gouvernement (ex-art. 97-5 c. nat.).

La réintégration résulte d'une déclaration de l'intéressé qui peut être souscrite « en France ou à l'étranger ». Le déclarant n'est donc pas tenu, fait exceptionnel, d'avoir sa résidence habituelle en France au moment de la déclaration. La déclaration obéit au droit commun des déclarations de nationalité, notamment quant à l'enregistrement et aux recours contentieux.

Les effets de la réintégration par déclaration sont les mêmes que ceux de la réintégration par décret, notamment en ce qui concerne l'effet collectif[5].

---

123. (3) En ce sens Aymond, *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 502-G, n. 173. Mais il pourra prétendre avoir perdu la nationalité française à raison de l'acquisition d'une nationalité étrangère, au moins dans le cas où la loi étrangère subordonne cette acquisition, même par mariage, à la répudiation de la nationalité antérieure, v. par ex. la L. allemande du 8 sept. 1969, R. 1972.512, note Makarov.

(4) Sur les difficultés auxquelles pourrait donner lieu la discussion contentieuse de la condition de maintien des liens avec la France. v. P. Lagarde, R 1968.159.

(5) En 1991, on a compté 335 déclarations de réintégration au titre de l'art. 97-4 c. nat. Sur la réintégration par déclaration des ressortissants des anciens territoires d'outre-mer, prévue par l'art. 24, L. 9 janv. 1973, v. *supra*, n. 75. On peut aussi rapprocher de la réintégration par déclaration la faculté de réclamer la nationalité française, ouverte par l'art. 57-1, 21-13 c. civ., aux personnes ayant joui, de façon constante de la possession d'état de Français pendant les dix ans précédant leur déclaration (*supra*, n. 106).

SECTION II. – *Effets du mariage sur la nationalité.*

124. L'évolution législative. Code Napoléon et loi du 10 août 1927. – Le Code civil attribuait à l'étrangère épousant un Français la nationalité de son mari (art. 12), et regardait (art. 19) le mariage d'une Française avec un étranger comme un cas de perte de la nationalité française[1]. Il exprimait ainsi la vue, indiscutée au XIXe siècle, que l'union des époux, devant être aussi complète que possible, impliquait l'unité de nationalité.

La loi du 10 août 1927, dans son article 8, renversa le système en décidant que le mariage n'entraîne par lui-même aucun changement de nationalité au regard de la loi française, ni pour la Française qui épouse un étranger, ni pour l'étrangère qui épouse un Français, sous réserve cependant d'une option possible[2], et de certaines exceptions.

Cet important revirement a été dû à des raisons essentiellement démographiques, tenant au grand nombre de foyers fondés en France par des immigrés ayant épousé des Françaises. Le système ancien donnait à la femme la nationalité de son mari qui se transmettait aux enfants, alors que ceux-ci, élevés en France par une mère française de fait, et n'ayant souvent aucun contact avec leur ascendance paternelle, étaient français de fait. Et il était manifestement contraire à l'intérêt général que ces foyers fussent soustraits aux charges de la nationalité française, notamment au service militaire, tout en contribuant à maintenir l'idée nationale étrangère contrairement à notre politique d'absorption de l'immigration.

D'où la double innovation du maintien de sa nationalité à la Française épousant un étranger, et son attribution à ses enfants légitimes *nés en France* (n. 85). Il a paru normal de décider, par corollaire, que l'étrangère épousant un Français n'acquérait pas la nationalité française, et la réforme a pu ainsi être présentée sous le jour d'une consécration objective de l'égalité des sexes[3], alors que le souci démographique était prioritaire[4].

---

124. (1) L'article 19, calqué sur l'article 12, disposait originairement que « la femme française qui épousera un étranger suivra la condition de son mari » comme s'il appartenait au législateur français d'attribuer une nationalité étrangère. La loi du 26 juin 1889 avait ramené la portée de la règle à ses justes limites en ajoutant : « à moins que son mariage ne lui confère pas la nationalité de son mari », ce qui répondait en même temps au souci d'éviter l'apatridie et les pertes inutiles de nationaux. La règle antérieure a joué même quand la femme n'acquérait pas la nationalité de son mari : Req. 8 avril 1946, S. 1947.1.129, note Boulbès ; Civ. 4 nov. 1947, R. 1948.473.

(2) Sur la nécessité d'une preuve de cette option, dont la possession d'état de Français ne fait pas présumer l'existence, v. Civ, 4 juill. 1972, J. 1973.403, chr. Aymond, J.C.P. 1973,II,17307.

(3) Il suffit de rappeler que la réforme de 1927 est antérieure de onze ans à la suppression de l'incapacité de la femme mariée. On a aussi invoqué l'exemple de l'étranger, qui se limitait en 1926 aux États-Unis et à l'U.R.S.S. dont les conceptions en matière familiale n'avaient pas grande influence en France à l'époque. V. Calbairac. *La nationalité de la femme mariée*, thèse Toulouse, 1926, pp. 149 et s. Pour une étude critique du lien entre unité familiale et unité de nationalité, v. A. Auburtin. Z. *für ausl. öff. u. Völkerrecht*, 1936.36. Sur le problème général, Makarov, *Cours de l'Acad. de dr. int.*, 1937.II.115.

(4) Retenons-en pour signe la disposition transitoire de l'article 14-a ménageant aux Françaises ayant épousé un étranger avant 1927 la faculté de recouvrer leur nationalité dans l'année : le dépôt de 40 000 demandes a été regardé par la Chancellerie comme la confirmation de ses vues.

Le système de la loi de 1927 était d'ailleurs assorti des deux correctifs suivants : l'étrangère épousant un Français devenait française si elle perdait en raison de son mariage sa nationalité[5]. Corrélativement la Française épousant un étranger devenait étrangère si la loi de son mari lui donnait sa nationalité, *mais à condition que le ménage fixe son premier domicile à l'étranger*, réserve qui caractérisait exactement toute l'économie de la loi, conçue en fonction des foyers fondés par des étrangers *en France*[6].

Le décret du 12 novembre 1938 a abrogé cette double dérogation au principe nouveau, dans le souci de contrôler l'accès à la nationalité française : l'étrangère épousant un Français ne devenait plus française que sur sa demande, laquelle pouvait être rejetée. Corrélativement, la Française épousant un étranger ne perdait plus sa nationalité que si elle optait pour la nationalité de son mari ; ce corollaire signifiait sans doute la préoccupation complémentaire de ne pas perdre des nationaux[7], et un souci moindre d'éviter les conflits de nationalités ; peut-être a-t-on pensé aux difficultés de preuve sur la fixation du domicile, et à la liberté de choix de l'intéressé.

125. La double règle du Code de 1945. – Le Code de 1945 a rompu de nouveau avec le système existant, en maintenant d'une part (art. 94) que la Française épousant un étranger conserve sa nationalité sauf répudiation expresse, mais en décidant d'autre part (art. 37) que l'étrangère épousant un Français devient française à moins qu'elle ne décline cette acquisition.

124. (5) Cette règle, permettant d'éviter l'apatridie, rencontrait par avance le souci de la convention du 12 avril 1930 dont les articles 8, 9 et 11 tendaient à éviter l'apatridie ou les cumuls de nationalité (*infra*, n. 130. note 4). Mais la convention avait émis un vœu en faveur de l'égalité des sexes en recommandant aux États de prendre « particulièrement en considération l'intérêt des enfants », conciliation qui paraît difficile. V. aussi la convention de Montevideo du 26 déc. 1933, R. 1936.302 ; Marc Ancel, *Le changement de nationalité*, p. 262 ; Makarov, *Cours de l'Acad. de dr. int.*, 1937.II.111.

(6) V. une application dans Paris 20 déc. 1991, D. 1993.141, note Guiho. Le domicile établi dans un protectorat a été réputé à l'étranger : Tunis 6 juill. 1949, J.C.P, 1949.II.5216, note Aymont, R. 1951.622, note Jambu-Merlin : Rabat 28 juin 1950. R. 1951.622. Sur la notion de premier domicile conjugal, v. Civ. 12 nov, 1957, J.C.P. 1958.II.10414, note Aymond. Quant aux *étrangères épousant un Français* il a été décidé qu'elles devenaient françaises pour peu que leur loi nationale leur retirât leur nationalité au cas où elles auraient simplement la faculté d'acquérir la nationalité de leur mari : Civ. 26 janv. 1953. J.C.P. 1954.II.8087, note Aymond.

(7) Cette préoccupation a réapparu l'année suivante dans le décret du 19 octobre 1935 modifiant l'art. 14, L. 1927, qui a octroyé la faculté de réclamer leur réintégration aux Françaises veuves ou divorcées devenues étrangères de plein droit par leur mariage en vertu des dispositions abrogées en 1938. V. aussi l'art. 8, Ord. 19 oct. 1945, étendu par la L. 16 oct. 1946 (sur l'application de cette loi aux femmes réintégrées en vertu du traité de Versailles, v. Trib. Strasbourg 29 juill. 1947, R. 1948.76) ; L. 24 mai 1946 pour les étrangères n'ayant pas opté avant 1945. V. d'autre part la loi du 22 mai 1944 permettant à certaines femmes de réclamer la nationalité française pour laquelle elles avaient omis d'opter et l'Ord. 6 janv. 1945, annulant la loi de 1944 et étendant son système à toute étrangère ayant omis d'opter. V. encore l'Ord. 7 janv. 1959, modifiant les art. 2-5°, 6 et 8 de l'Ord. 19 oct. 1945 et aujourd'hui l'art. 97-4 c. nat., 24-2 c. civ. (*supra*, n. 123). Sur son application aux femmes mariées sous l'exemple de la loi de 1927, v. la rép. min. R. 1992.361.

L'exposé des motifs allègue en faveur de l'innovation concernant les femmes étrangères les bienfaits de l'unité de nationalité dans le ménage, et on s'est montré sceptique sur la sincérité de ce motif[1] en présence du maintien par l'article 94 de la règle antérieure pour les Françaises. Le moins qu'on puisse dire est que le principe d'unité s'est trouvé concorder avec l'intérêt public à accroître le nombre des Français, mais lui a été explicitement sacrifié (v. l'exposé des motifs) quand il lui a été contraire dans le cas de l'article 94.

Néanmoins ce revirement, d'apparence si peu objective, s'accordait en fait avec la situation démographique de la France comme l'ont montré les statistiques[2], et prolongeait ainsi le mouvement amorcé par la loi du 10 août 1927, laquelle n'attribuait pas notre nationalité à l'étrangère épousant un Français par un souci de correction internationale abandonné par le législateur de 1945.

Le Code de 1945 témoignait cependant du souci de ménager la nécessité des relations internationales et les volontés individuelles en organisant des options dérogatoires à la double règle qu'il posait. La Française pouvait opter pour la nationalité de son mari, à condition de prouver qu'elle acquérait ou pouvait acquérir cette nationalité, tandis que l'étrangère pouvait décliner la nationalité française si sa loi nationale lui permettait de conserver sa nationalité.

126. La règle nouvelle issue des lois du 9 janvier 1973, 7 mai 1984 et 22 juillet 1993. – La loi du 9 janvier 1973 a complètement renversé les solutions adoptées en 1945. Alors que les réformes de 1927 et de 1945 avaient été inspirées principalement par des raisons démographiques, celle de 1973 l'a été bien plus par le souci de mettre le droit de la nationalité en harmonie avec le principe de l'égalité des sexes affirmé dans le « nouveau droit de la famille »[1] par les réformes des régimes matrimoniaux et surtout de l'autorité parentale. Puisque le mari n'est plus le chef de la famille, il est apparu qu'il n'y avait plus de raison de privilégier sa nationalité en cas de mariage mixte. Et comme il n'y a pas de raison de privilégier davantage la nationalité de la femme, le principe a paru s'imposer que « le mariage n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité » (art. 37 nouveau, C. nat.). La loi de 1973 est ainsi revenue, mais par un chemin très différent, à la solution de la loi de 1927.

125. (1) V. Loisel, G.P. 1946, Doctr. p. 61.

(2) D'aprés l'Annuaire statistique de la France, la proportion des options pour la nationalité française dépassait avant 1945 50 % des mariages d'étrangères avec des Français, tandis que les options des Françaises pour la nationalité de leur mari étranger n'excédaient pas 5 % (v. Niboyet, I, n. 220, p. 226, note 2, et n. 337, p. 422, note 2). Au cours des années 1966 à 1971, les déclarations de renonciation à la nationalité française souscrites par des étrangères épousant des Français ont oscillé entre 84 et 182 et les déclarations de répudiation de la nationalité française souscrites par des Françaises épousant des étrangers n'ont pas dépassé 90 par an (rapport Jean Foyer, *Doc. Ass. nat.*, 1re session 1972-1973, n. 2545, p. 34).

126. (1) Rapport Foyer, p. 35. Le rapporteur invoque aussi en faveur de la règle nouvelle la convention des Nations Unies du 20 février 1957 sur la nationalité de la femme mariée (non ratifiée par la France), laquelle exclut tout effet automatique du mariage sur la nationalité de la femme mariée.

Elle s'en écarte cependant sensiblement par les deux exceptions qu'elle apporte au principe nouveau et qui reposent l'une et l'autre sur l'idée d'égalité des sexes. D'une part, le conjoint français *(mari ou femme)* d'une personne de nationalité étrangère pourra désormais répudier sa nationalité française (art. 94, *infra*, n. 128). D'autre part, et réciproquement, le conjoint étranger (mari ou femme) d'une personne de nationalité française pourra réclamer la nationalité française par simple déclaration (art. 37-1, *infra* n. 127)[2].

Ce système audacieux d'option de nationalité ouvert au conjoint étranger, mari ou femme, a suscité des inquiétudes à la mesure du succès qu'il rencontrait (environ 100000 déclaration en dix ans). Aussi, pour limiter le risque de fraude, est-il apparu nécessaire de renforcer, d'abord par une loi du 7 mai 1984[3], puis par la loi du 22 juillet 1993, les conditions de fond de l'acquisition par le conjoint étranger de la nationalité française, ainsi que les pouvoirs de contrôle du gouvernement.

127. Option du conjoint étranger pour la nationalité française. – L'article 37-1 C. nat. dans sa rédaction de la loi du 9 janvier 1973, permettait à l'étranger ou à l'apatride qui contractait mariage avec une personne de nationalité française d'acquérir sans délai cette nationalité par déclaration. La loi du 7 mai 1984 avait imposé un délai de six mois à compter du mariage avant la souscription de la déclaration. Ce délai est porté à deux ans par la loi du 22 juillet 1993[1]. Il est toutefois supprimé si naît, avant ou après le mariage, un enfant dont la filiation est établie à l'égard des deux conjoints. En revanche, la déclaration n'est enfermée dans aucun délai extinctif et elle peut être souscrite tant que le mariage n'est pas dissous.

Le texte actuel, depuis la loi du 7 mai 1984, subordonne en outre la déclaration à la double condition qu'à la date de celle-ci le conjoint français ait conservé sa nationalité et que la communauté de vie n'ait pas cessé entre les époux. Cette dernière condition, destinée à déjouer les mariages de complaisance, donne lieu à une attestation sur l'honneur des époux et est en principe contrôlée par une enquête de l'administration avant l'enregistrement de la déclaration[2]. En revanche la loi n'exige pas

126. (2) La loi allemande du 8 sept. 1969 (R. 1972.512. note Makarov), inspirée directement par le principe constitutionnel de l'égalité des sexes, paraît être le seul précédent en droit comparé de la nouvelle loi française, avec cependant cette importante différence, critiquée par Makarov, que l'acquisition de la nationalité allemande par le conjoint étranger est subordonnée à la perte de sa nationalité antérieure. V. aussi sur cette loi Jayme, *Riv. di dir. int.* pr. e proc., 1970.37. Pour une vue d'ensemble en droit comparé, v. Dutoit et autres, *La nationalité de la femme mariée*, I (Europe) 1973, II (Afrique) 1976, III (Amérique, Asie, Océanie) 1980 et les suppléments 1990, 1991 et 1993, qui font apparaître un progrès, surtout en Europe, de la règle d'égalité des sexes.

(3) R. 1984.541, commentaire Lagarde.

127. (1) La Commission de la nationalité avait proposé un délai d'un an (propositions n. 18 et 19)

(2) D. 16 août 1984, modifiant les art. 11 et 13-1 D. 10 juil. 1973. Sur la réalité du contrôle, v. les rép. min.. R. 1990.188 et 1991.217. Sur les fraudes, v. Collomb, *L'acquisition de la nationalité française à des fins sportives*, 1977, et le c.r., R. 1978.235.

du conjoint étranger qu'il ait sa résidence habituelle en France au moment de la déclaration, ce qui eût pourtant contribué à son assimilation.

Dans la rédaction de 1973, la poursuite de la communauté de vie n'était pas une condition de validité de la déclaration, c'était la cessation de cette communauté qui pouvait justifier une opposition du gouvernement à l'acquisition de la nationalité française. La modification introduite en 1984 avait entraîné la possibilité de contester sans limitation de délai la déclaration acquisitive pour défaut de communauté de vie lors de sa souscription[3]. Il avait été jugé, avant la loi de 1993, que l'officier de l'état civil ne pouvait refuser de célébrer le mariage qu'il savait devoir être célébré uniquement à des fins de nationalité[4], et le soupçon de fraude à la nationalité ne suffisait pas à légitimer une opposition au mariage, que celle-ci émanât du père de la mariée[5] ou du ministère public[6]. Ces solutions ont été partiellement renversées par la loi du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration. Le ministère public peut désormais, en cas de fraude à la loi, former opposition à la célébration du mariage ou en demander l'annulation (art. 175-1 et 190-1 nouveau, c. civ.). Dans le même esprit, en cas de mariage célébré à l'étranger, l'agent diplomatique ou le consul chargé de la transcription peut, en cas de soupçon de fraude, saisir le ministère public qui, dans les six mois, se prononcera sur la transcription ou demandera la nullité du mariage (170-1 nouveau, c. civ.). Mais le Conseil constitutionnel a invalidé la disposition qui aurait permis au ministère public, saisi par l'officier de l'état civil, de décider de lui-même de surseoir à la célébration du mariage pour une durée pouvant aller jusqu'à trois mois (décision du 13 août 1993).

Pour souscrire sa déclaration, l'intéressé devra ne pas tomber sous le coup d'un des empêchements édictés par l'article 79 c. nat. (21-27 c. civ.) et notamment ne pas être en situation irrégulière de séjour. La déclaration est soumise au droit commun des options de nationalité pour ce qui concerne la forme et les recours auxquelles elle peut donner lieu (renvoi de l'art. 37-1 aux art. 101 et s., v. n. 109). Elle peut être souscrite, semble-t-il, par les mineurs sans autorisation (v. *supra*, n. 107). Par exception aux règles générales (art. 104 et 105, 26-1 et 26-3 c. civ.), le délai d'enregistrement de la déclaration de l'article 37-1 est d'un an, et l'enregistrement est effectué par le ministre chargé des naturalisations et non par le juge d'instance. S'écartant des propositions de la Commission de la nationalité[7], la loi du 22 juillet 1993 a laissé subsister — dans ce seul cas — la faculté d'opposition du gouvernement à l'acquisition de la nationalité française.

127. (3) V. Civ. 5 mars 1991, D. 1991.537, note Guiho, J.C.P. 1992.II.21789, note F. Laroche-Gisserot.

(4) Comp. les rép. min., R. 1991.623 et 1992.163 et 832. En cas de suspicion grave, l'officier de l'état civil peut seulement informer le parquet qui prendra les initiatives nécessaires.

(5) Versailles 15 juin 1990, D. 1991.268, note Hauser.

(6) TGI La Rochelle, 2 mai 1991, D. 1992.259, note Guiho. L'opposition du ministère public pour défaut de consentement est cependant recevable (application analogique de l'art. 184 C. civ. renvoyant à l'art. 146, v. la note Guiho préc.)

(7) Celle-ci avait proposé de remplacer l'opposition du gouvernement par une faculté donnée au ministère public de saisir les tribunaux judiciaires afin de s'opposer à l'acquisition de la nationalité française en cas de cessation de la communauté de vie ou lorsque le conjoint étranger se serait livré à des actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France (prop. n. 20).

Le gouvernement peut s'opposer à l'acquisition de la nationalité française pour indignité ou défaut d'assimilation (art. 39, al. 1er, 21-4 c. civ. réd. L. 7 mai 1984)(8), mais il ne le peut plus pour cessation de la communauté de vie, cette communauté étant devenue, comme indiqué ci-dessus, une condition positive de recevabilité de la déclaration. Le délai d'opposition a été porté en 1973 à un an(9). Le gouvernement n'a plus besoin de l'avis conforme du Conseil d'État pour prendre le décret d'opposition(10). En cas d'opposition, l'intéressé sera réputé n'avoir jamais été français, sous réserve de la validité des actes passés entre la déclaration et le décret d'opposition (art. 39, al. 2 et 3).

Le conjoint étranger qui devient français par déclaration acquiert cette qualité à la date de la déclaration, sauf contestation de celle-ci (art. 38) et sans être frappé d'aucune incapacité(11). Cette acquisition entraîne effet collectif sur les enfants que le déclarant aurait pu avoir avant le mariage (art. 84, *supra*, n. 120)(12) et perte de la faculté de répudiation pour les enfants nés du mariage et à l'étranger (art. 19, al. 2).

---

127. (8) Le Conseil d'État exerce son contrôle sur les motifs de l'opposition, ce qui se conçoit d'autant mieux que son avis conforme préalable n'est plus requis (note 10). V. Cons. d'État 28 avril 1978, J. 1978.878, note Ruzié, D. 1979.265, concl. Genevois, affirmant qu'« une activité politique licite ne saurait être regardée comme constitutive d'indignité ». *Adde* Cons. d'État 10 juin 1992, G.P. 25 mars 1993, Pan. dr. adm. 29 (annulation d'une opposition pour conduite en état d'ivresse). Le nombre des oppositions reste en fait insignifiant, mais celui des refus d'enregistrement progresse, du fait de la vérification de la communauté de vie (en 1990, 749 refus pour 15 627 déclarations au titre de l'art. 37-1; en 1991, 1 442 refus pour 16 333 déclarations). L'art. 39 dans sa rédaction de 1945, n'indiquait pas les motifs d'opposition, à la différence des art. 46 et 57 et le Conseil d'État avait déclaré ce dernier article inapplicable (30 avril 1969, J.C.P. 1969.II.16015, note Aymond, J. 1970.698, note Goldman, R. 1971.63, note P.L.).

(9) A compter de la date du récépissé délivré au déclarant au vu de la remise des pièces nécessaires à la preuve de la recevabilité de sa déclaration (art. 39, 21-4 c. civ, renvoyant à l'art. 101, al. 2 nouveau, 26 c. civ) ou, si l'enregistrement a été refusé, à compter du passage en force de chose jugée de la décision judiciaire ayant admis la régularité de la déclaration. Dans le système antérieur, le délai était de six mois à compter de la transcription du mariage (L. 24 mai 1951; cf., sur son application dans le temps, Seine 16 janv. 1959, R. 1959.661, note Loussouarn). Sur la situation de l'intéressé pendant le délai d'opposition, v. la rép. min. R. 1971.143 et la note critique. *Adde* Crim. 19 déc. 1983, R. 1984.617, note Lagarde (cf. *supra*, n. 109, note 14).

(10) L'art. 39 (21-4 c. civ.) exige simplement un décret en Conseil d'État. Les travaux préparatoires montrent clairement que ces facilités ont été données au gouvernement pour contrôler de plus l'accès à la nationalité française des maris étrangers de femmes françaises.

(11) L'art. 41 qui frappait l'étrangère ayant acquis par mariage la nationalité française de certaines incapacités électorales a été abrogé par la L. 9 janv. 1973. Mais il a fallu attendre la Loi du 20 déc. 1983 pour voir disparaître l'art. L.O. 128 du code électoral, qui reprenait cette incapacité. L'abrogation de ce dernier texte a permis au gouvernement français de lever la réserve faite lors de la ratification de la conv. 1er mars 1980 sur l'élimination de toutes les discriminations à l'égard des femmes (v. la lettre du 23 mars 1984, J.O. 6 fév. 1985).

(12) Cette solution avait été écartée par la jurisprudence, dans le silence des textes, avant 1945; v. Civ. 29 nov. 1938, R. 1939.267; Civ. 6 janv. 1953, S. 1953.I.117, note Schuler, J.C.P. 1954.II.7982, note Aymond, R. 1954.529, qui a précisé que l'interprétation de la règle ancienne continue à produire ses effets, même contre une possession d'état contraire, à défaut à tout le moins d'une décision passée en force de chose jugée. Cf. cependant Trib. Versailles 3 juill. 1957, R. 1958.321.

A titre transitoire, l'art. 26 de la loi de 1973 avait prévu que si le mariage avait été contracté avant l'entrée en vigueur de ladite loi, le conjoint étranger d'une personne de nationalité française pourrait être naturalisé sans condition de stage. Revenant sur cette solution, qui créait une disparité de traitement entre les conjoints étrangers de Français, et paradoxalement au préjudice des plus anciens, l'art. 5 de la loi du 7 mai 1984 a étendu la faculté de réclamation de la nationalité française aux étrangers ayant épousé des personnes de nationalité française avant son entrée en vigueur(13).

128. Faculté pour le conjoint français de répudier la nationalité française. – En cas de mariage avec un étranger, le conjoint français, fût-il le mari, peut répudier la nationalité française par déclaration selon les dispositions des articles 101 et s., 26 c. civ. (art. 94, 23-5 c. civ.).

Cette faculté de répudiation est cependant soumise à certaines conditions. L'intéressé devra avoir acquis la nationalité étrangère de son conjoint, ce qui est une précaution élémentaire contre l'apatridie(1). Si le conjoint français est le mari et s'il est âgé de moins de 35 ans, il devra avoir satisfait aux obligations du service actif imposées par le Code du service national, ou en avoir été dispensé ou exempté. Mais la condition la plus significative mise à la répudiation est que la résidence habituelle du ménage ait été fixée à l'étranger. On retrouve ici la préoccupation qui avait dicté la réforme de 1927. Si le ménage s'installe en France, le conjoint français doit rester français et transmettre sa nationalité aux enfants à naître du mariage. La loi ne fixe aucun délai à l'exercice de la faculté de répudiation; elle indique seulement que la perte de la nationalité française prendra effet à la date de la déclaration et non à celle du mariage(2).

129. Nullité du mariage. Mariage putatif. – L'option ouverte par le mariage mixte à chacun des conjoints, soit pour acquérir la nationalité française, soit pour la répudier, suppose un mariage valable. L'annulation du mariage doit donc en principe entraîner la caducité(1) de l'option.

---

127. (13) Entretemps, avec une sévérité critiquée par de nombreux commentateurs, la Cour de cassation avait considéré comme entaché de fraude et ne pouvant produire ses effets de nationalité le divorce d'accord survenu entre époux mariés avant 1973, suivi d'un remariage immédiat permettant au mari d'invoquer l'art. 37-1 (Civ. 17 nov. 1981, J. 1982.449, note Audit, R. 1982.669, note Foyer, D. 1982.573, note Guiho, J.C.P. 1982.II.19842, note Gobert.

128. (1) L'art. 94 ancien exigeait simplement de la Française qui voulait répudier sa nationalité qu'elle acquière ou puisse acquérir la nationalité de son mari, sans faire de l'acquisition effective de cette nationalité une condition de la répudiation.

(2) Sur les conséquences de cette disposition quant aux possibilités de réintégration par déclaration, v. *supra*, n. 123.

129. (1) Sur la différence entre la caducité, qui se produit en principe de plein droit, et la contestation, qui suppose une action en justice, v. la note, R. 1990.481, spéc. 491 et s. La caducité, prévue par l'art. 42 (21-5 c. civ) (v. Civ. 29 nov. 1989, R. 1990.481, 1re esp., note Lagarde) ne fait pas obstacle à la contestation de l'art. 107, al. 2 (v. TGI St Gaudens, 8 avril 1987, *ibid.*, 3e esp.), qui subsiste en cas de mensonge ou de fraude (*supra*, n. 109). L'annulation du mariage résultait, dans la première espèce, de la dissimulation d'un mariage antérieur non dissous (v. aussi Nancy 15 nov. 1990, J.C.P. 199 21766, note Eschylles, Paris, 26 juin 1992, J.C.P. 1992.IV.2588), dans la seconde d'une fausse identité.

Mais l'option subsiste-t-elle si le mariage nul est déclaré putatif ou, plus exactement, s'il a été contracté de bonne foi[2] ? Sensible aux liens de la nationalité avec l'état des personnes, la jurisprudence antérieure au Code de 1945 maintenait le changement de nationalité en cas de mariage putatif[3]. Mais le Code de 1945 avait donné la solution contraire et annulé l'acquisition par l'étrangère de la nationalité française de son mari, même en cas de mariage putatif. Ce revirement était alors apparu comme la conséquence nécessaire de ce que la nationalité relève du droit public[4]. La justification restait cependant insuffisante, car, même en admettant que ce soit le droit public qui attache un effet de nationalité au mariage, il se réfère à un mariage valide au sens du droit civil et si le droit civil attribue dans certains cas au mariage nul les effets d'un mariage valide, la question reste entière de savoir si le droit public doit en faire autant ou non. Et les raisons psychologiques ou d'utilité qui auraient obligé le droit public à se refuser à suivre le droit civil sur ce terrain n'ont jamais été données[5].

C'est sans doute pourquoi la loi du 9 janvier 1973 est revenue à la solution traditionnelle de la jurisprudence, mettant une nouvelle fois le droit de la nationalité en harmonie avec le droit civil. Le nouvel article 42, C. nat. (21-5 c. civ.) précise que l'annulation du mariage[6] ne rend pas caduque la déclaration prévue à l'article 37-1 (21-2 c. civ.) au profit du conjoint qui a contracté mariage de bonne foi. Et l'article 43 (21-6 c. civ.), tirant les conséquences de la modification apportée à l'article 202 C. civ. par la loi du 3 janvier 1972, ajoute que « l'annulation du mariage n'a point d'effet sur la nationalité des enfants qui en sont issus »[7].

---

129. (2) Les deux expressions ne sont pas interchangeables. Un mariage putatif peut avoir été contracté de mauvaise foi, par exemple à la suite d'une fraude ; il suffit en effet que les époux aient eu une croyance subjective en sa validité (v. Civ. 8 janv. 1963, R. 1963.109, note G. Holleaux). Le code de la nationalité n'envisage que le mariage contracté de bonne foi (v. la note, R. 1990, p. 490 et s.).

(3) Crim. 18 févr. 1819, S. chr. ; Alger 13 févr. 1903, J. 1904.920 ; Douai 1er avril 1936, D.P. 1936.2.70, note Rouast, R. 1937.75, note Caleb. En ce sens Lerebours-Pigeonnière, 3e éd., n. 104, mais cf. 6e éd., n. 85 ; Niboyet, I, 1re éd., n. 222, mais cf. 2e éd., n. 222 ; Louis-Lucas, *La nationalité française*, p. 193 ; v. cep. sous l'influence évidente du Code de 1945, Seine 14 déc. 1945, R. 1947.93, J.C.P. 1946.II.2967, note Plaisant, *Contra*, Maury, *Rép. La Pradelle et Niboyet*, vº *Nationalité*, n. 310 ; Aubry et Rau, 7e éd., par Ponsard, I, § 70, p. 481, note 9.

(4) V. R. Boulbès, S. 1946.5.201, note 36.

(5) Il le suit bien à ce sujet pour les pensions, sous réserve de la bigamie : v. Cons. d'État 27 mai 1955, D. 1955.774, concl. Guionin. La loi suisse de 1952 admet l'effet du mariage putatif sur la nationalité.

(6) L'art. 42 envisage une nullité prononcée par un jugement français ou par un jugement étranger « dont l'autorité est reconnue en France ». Compte tenu de l'autorité reconnue de plein droit aux jugements d'état (*infra*, n. 742), cette rédaction est supérieure à celle du texte antérieur qui mentionnait un jugement étranger « rendu exécutoire en France ». Sur l'application dans le temps du nouvel article 42, v. TGI Nanterre 10 déc. 1980, R. 1982.59, note Lagarde.

(7) La portée pratique de cette disposition paraît être de faire perdre à l'enfant, né à l'étranger d'un Français et d'un étranger qui aurait opté (même de mauvaise foi) pour la nationalité française en vertu de l'art. 37-1, la faculté de répudiation qu'il aurait eue, à défaut d'option de son parent étranger, en vertu de l'art. 19 (18-1 c. civ.). Mais l'art. 43 ne

Mais, après comme avant la réforme de 1973, l'article 94, C. nat. (23-5 c. civ.) reste muet, aussi bien d'ailleurs sur l'effet de la nullité pure et simple que sur celui du mariage putatif. Nul doute cependant que les principes ne commandent d'adopter ici la même règle que dans le cas précédent. La répudiation doit être maintenue en cas de mariage putatif, mais il serait toutefois logique d'en subordonner l'effet à la condition que dans ce cas la loi étrangère maintienne elle aussi au conjoint anciennement français sa nouvelle nationalité[8].

La *dissolution du mariage* par contre n'a aucun effet sur la nationalité des époux, qu'elle intervienne par la mort de l'un des conjoints ou par le divorce.

130. Conventions internationales. – Le principe posé en 1927 de la conservation de sa nationalité par la femme mariée a paru devoir entrer en conflit avec les législations fidèles à l'unité de nationalité dans le ménage, notamment, parmi les pays voisins de la France, avec la loi belge : d'où la *convention franco-belge* du 12 septembre 1928, remplacée, pour tenir compte de la réforme de 1945, par la convention du 9 janvier 1947[1]. Il résultait des solutions adoptées par cet instrument que la loi applicable à la nationalité de la femme belge épousant un Français et à la nationalité de la Française épousant un Belge était la loi française de 1945 ou la loi belge suivant que le mariage était célébré en France ou en Belgique. En cas de mariage célébré dans un pays tiers, le traité, étant muet, se trouvait sans application (en ce sens Niboyet, I, n. 226, p. 289). Si la femme cumulait avant même le mariage les nationalités française et belge, elle était réputée, pour l'application du traité, n'avoir que celle du pays où le mariage était célébré. Ce traité n'est plus en vigueur depuis le 3 août 1972, à la suite de sa dénonciation par la Belgique le 23 juillet 1971. De fait, il n'était plus en harmonie avec le principe, récemment adopté tant en Belgique (adhésion à la convention de New York du 20 février 1957 sur la nationalité de la femme mariée) qu'en France (L. 9 janv. 1973), selon lequel le mariage ne produit plus de plein droit aucun effet sur la nationalité de la femme[2]. La *convention franco-vietnamienne* du 16 août 1955, devenue caduque le 30 avril 1975[3], ainsi que certaines conventions multilatéra-

---

visant que l'enfant né du mariage, il semble que l'annulation de l'option du conjoint de mauvaise foi se répercute sur les enfants de ce conjoint qui avaient bénéficié de l'effet collectif attaché à la déclaration de leur auteur. Cf. *supra*, n. 120 *in fine*.

129. (8) Cf. Aymond, *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 502-G, n. 57, 59. On peut se demander si, en une telle matière, la jurisprudence pourrait prendre l'initiative de poser cette condition, v. cep. Seine 22 févr. 1937, R. 1937.650, *Nouv. Revue de dr. int. pr.*, 1941.183 ; cf, pour un conflit entre deux nationalités étrangères, Alger 14 avril 1908, R. 1909.232. Sur la consultation de la loi étrangère, v. Maury, J.C.P. 1946.I.214, n. 83. Pour le parallélisme des solutions dans les deux hypothèses d'acquisition et de perte de la nationalité française, v. Boulbès, *Droit fr. de la nationalité*, n. 676 *bis*.

130. (1) R. 1949.699. V. sur cette convention, Schuler, J.C.P. 1949.I.810 ; Louis-Lucas, J. 1950.88 ; P. Lagarde, *La nationalité française*, n. 272 et s. La convention de 1928 avait été déclarée inapplicable aux mariages antérieurs à « l'échange des ratifications » (Civ. 5 nov. 1962, J.C.P. 1963.II.13020, note Aymond, R. 1963.263). Pour l'incidence, assez réduite, de la convention du 9 janvier 1947 eu égard aux résultats qu'aurait donnés l'application du droit commun, v. P. Louis-Lucas, J. 1950.88.

(2) Sur les raisons de la dénonciation par la Belgique de la convention de 1947, v. R. 1973.372.

(3) V. la Circ. 2 août 1976, R. 1976.802. Les art. 11 à 14 (R.1959.582) traitaient de la nationalité de la femme en cas de mariage mixte et considéraient notamment le mariage

les[4] ont aussi contenu quelques dispositions sur la nationalité de la femme mariée.

SECTION III. – *Perte de la nationalité française.*

131. Généralités. L'évolution législative. – La nationalité française est attribuée par la loi à ceux qui sont français de fait ou présumés devoir l'être. Il s'ensuit qu'elle doit être retirée à ceux qui cessent de l'être ou à l'égard desquels la présomption se révèle controuvée.

Il a longtemps paru que le premier cas se rencontrait dans «l'établissement à l'étranger sans *esprit de retour*» (art. 17-4°, C. civ.)[1]. Sans rechercher autrement si cette circonstance suffit toujours à anéantir cet ensemble de caractères en partie naturels qu'est une nationalité de fait, il faut constater que l'émigré parti sans esprit de retour peut en effet être regardé comme perdu pour la collectivité nationale. Mais l'esprit de retour s'est révélé à l'expérience une notion fuyante dont l'application a engendré en jurisprudence maintes difficultés de preuve. D'autre part le souci de ne pas perdre inutilement des nationaux a relevé dans l'article 17-4°, C. civ. une source possible d'apatridie: l'émigré sans esprit de retour n'a pas nécessairement acquis une autre nationalité.

Aussi la règle fut-elle abrogée en 1889, d'autant que ses avantages avaient paru suffisamment assurés par une autre règle, également connue de l'ancien droit, en particulier de Pothier, en vertu de laquelle perdait sa nationalité le Français qui *acquérait volontairement* une nationalité étrangère (art. 17-1°, C. civ.): son attitude par elle-même exprimait qu'il n'était plus Français en fait, elle se traduisait par un acte juridique dont la

---

contracté dans un pays tiers. Elle accordait à la femme mariée un droit de réintégration dans sa nationalité d'origine (art. 14) et prévoyait avant toute naturalisation une consultation entre gouvernements (art. 19).

130. (4) La convention de La Haye du 12 avril 1930 a posé quelques règles destinées à éviter l'apatridie, mais qui sont toutes, d'ores et déjà, respectées par la loi française. Il en est de même des conventions des Nations Unies sur la nationalité de la femme mariée (29 janv. 1957) et sur la réduction du nombre des cas d'apatridie dans l'avenir (30 août 1961). Il faut encore signaler que la France s'est réservé de ne pas appliquer à l'hypothèse du mariage l'article 1er de la convention du Conseil de l'Europe du 6 mai 1963 (R. 1968.535) prévoyant la perte de la nationalité antérieure en cas d'acquisition par option d'une nationalité étrangère. Cf. le protocole du 2 fév. 1993, *supra*, n. 79. Sur la situation des Françaises ayant épousé des Tunisiens, v. la rép. min. R. 1988.805, et *La nationalité française*, n° 277.

131. (1) La règle se trouve déjà dans une ordonnance du 5 mai 1669. V. Boulbès, *Droit fr. de la nationalité*, n. 686; on la retrouve dans Baquet, Loisel (v. Weiss, I. p. 460) et Pothier (*Personnes*, 1re partie, titre II, section IV). La constitution de l'an III, article 15, attachait la perte, en considération des circonstances sans doute, au seul fait de la résidence de sept ans à l'étranger sans autorisation. V. sur la perte de la nationalité française, Aymond, *J.-Cl. de dr. int.*, fasc. 502-G; H. Batiffol, Évolution du droit de la perte de la nationalité française, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique* (*Mél. Ancel*), 1975, I. p. 243, reproduit dans *Choix d'articles*, 1976, p. 157; Lagarde, *op. cit.*, n. 210 et s.

preuve était aisée, le risque d'apatridie était exclu et on évitait au contraire un cumul de nationalités.

La préoccupation d'éviter les cumuls a grandi avec la politique d'intégration du plus grand nombre possible de nationaux: la présomption qu'un individu est français en fait peut se révéler controuvée d'autant plus facilement qu'elle est plus extensive. La loi de 1927 a entendu donner au gouvernement le moyen de remédier aux cumuls engendrés par des présomptions erronées d'assimilation en retirant la nationalité française à celui qui, «possédant par l'effet de la loi, sans manifestation de volonté de sa part, une nationalité étrangère, est autorisé, sur sa demande, par le gouvernement français à la conserver» (art. 9-3°, L. 1927).

Mais les liens d'un Français avec un pays étranger peuvent aussi éveiller la méfiance de l'État comme constituant une source possible d'activités contraires aux intérêts nationaux, d'où l'idée que la nationalité puisse être perdue par décision de l'autorité publique. Elle avait été admise par le droit intermédiaire dans le cas de l'acceptation par un Français de fonctions ou de pension d'un gouvernement étranger. Le Code civil a de même retenu l'acceptation de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger (art. 17-2°) et la loi de 1889 y a ajouté la prise de service militaire à l'étranger (art. 17-4°). La loi de 1927 a élargi et simplifié la formule en englobant, de manière générale, tout «emploi dans un service public» (art. 9-4°).

Sous ce jour le retrait de la nationalité peut encore paraître exprimer, pour une part, la perte de la nationalité de fait: celui qui sert un gouvernement étranger montrerait par là qu'il n'a plus la mentalité d'un Français; aussi l'idée a-t-elle été assez facilement admise. Mais à une époque récente la notion de déchéance, qui inspire déjà pour partie la mesure précédente, est apparue dans toute sa rigueur comme sanction du *défaut de loyalisme*. La loi de 1927 a manifesté ici le sentiment de méfiance à l'égard des Français de fraîche date qui est à l'origine de son élaboration. Malgré les objections qu'a soulevées cette innovation, l'évolution ultérieure, notamment par le décret du 12 novembre 1938, a étendu son champ d'application.

Le Code de 1945 a consacré dans l'ensemble le système ainsi constitué. Mais par une initiative inattendue il a ressuscité sous une forme nouvelle la perte de la nationalité française par l'établissement à l'étranger sans esprit de retour (art. 95). D'autre part, reprenant et modifiant une disposition du décret du 12 novembre 1938, il a prévu la perte de sa nationalité pour le Français qui, ayant aussi la nationalité d'un autre pays, se comporte en fait comme ressortissant de ce pays (art. 96). Enfin, il a aménagé, dans le sens d'une atténuation de leur rigueur, les cas de perte de la nationalité française pour défaut de loyalisme.

La matière a encore été remaniée sensiblement par la loi du 9 janvier 1973, dont l'innovation la plus importante est l'abandon du vieux principe selon lequel l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère était un cas de perte automatique de la nationalité française[2]. Celle-ci ne sera

---

131. (2). La règle ancienne est encore parfois appliquée, en raison des règles de conflit dans le temps, v. Civ. 17 fév. 1987, R. 1988. Som. 745, *Bull. civ.*, I, n° 60.

désormais perdue que si l'intéressé se plie à la formalité d'une déclaration. Le législateur a entendu que *la nationalité française ne soit plus jamais perdue de plein droit : sa perte résulte toujours, soit dune déclaration de l'intéressé, soit d'un décret, soit d'un jugement.* Mais il ne s'agit que de la loi non des traités (v. *supra*, n. 74 et s., *infra*, n. 135, note 4).

On étudiera successivement : 1° l'établissement prolongé à l'étranger; 2° la possession d'une nationalité étrangère; 3° la perte par décret en raison du comportement; 4° la déchéance pour indignité[3].

§ 1. Établissement prolongé à l'étranger.

132. Conditions de la perte de la nationalité française. – Le législateur de 1945 a ressuscité la vieille règle, abrogée en 1889, de la perte de la nationalité française par l'établissement prolongé à l'étranger. Il a voulu éviter une transmission indéfinie de la nationalité française *jure sanguinis* qui ne correspondrait plus à une nationalité française de fait[1] et régler la situation des descendants d'émigrés qui, se trouvant étrangers sans leur volonté, ont négligé de solliciter la libération de l'allégeance française (art. 91); le réalisme obligera souvent à constater qu'ils ne sont pas français.

Le législateur, en 1945 puis en 1973, a d'ailleurs tenté de définir la solution avec plus de précision que par le simple établissement à l'étranger « sans esprit de retour » dont la preuve avait suscité tant de difficultés[2]. Aux termes de l'article 95 nouveau, C. nat. (23-6 c. civ.) « la perte de la nationalité française peut être constatée par jugement lorsque l'intéressé, français d'origine par filiation, n'en a point la possession d'état et n'a jamais eu sa résidence habituelle en France, si les ascendants, dont il tenait la nationalité française, n'ont eux-mêmes ni possession d'État de Français, ni résidence en France depuis un demi-siècle. »

Les conditions de perte de la nationalité française sont donc au nombre de deux : absence de possession d'état de Français et absence de résidence habituelle en France[3]. Elles doivent être remplies cumulativement par l'intéressé et par ceux de ses ascendants[4] dont il tenait la nationalité française, avec cette précision que l'intéressé doit n'avoir *jamais* eu sa

---

131. (3) La nationalité française peut aussi être perdue par répudiation ou en vertu d'un traité diplomatique ou d'une cession de territoire ; ces événements, s'intégrant dans d'autres ensembles, ont déjà été étudiés.

132. (1) V. R. Boulbès. *Dr. fr. de la nationalité*, n. 699.

(2) V. notamment sur le sort de la règle que la perte de l'esprit de retour ne se présume pas. R. Boulbès, *Droit fr. de la nationalité*, n. 687-698; Aymond, J. 1959.1086; Civ. 25 mars et 4 nov. 1958, J.C.P. 1958.II.10877 et 10877 *bis*, note Schuler.

(3) En mettant ces deux conditions sur le même pied, la L. 1973, à la différence du Code de 1945, paraît écarter l'idée que la résidence à l'étranger ferait présumer à elle seule la perte de le nationalité française, sauf preuve contraire de la conservation de la possession d'état. Sur le sens de l'expression, *infra*, n. 153.

(4) « Les ascendants » mentionnés par l'article 95 devraient être ceux d'une même ligne, en ce sens Aix 24 févr. 1955, J.C.P. 1955.II.8677. note approbative Aymond; v. cep. Boulbès,

résidence habituelle en France[5] et que ses ascendants doivent ne plus y avoir la leur depuis un demi-siècle[6]. L'article 95 ne s'applique que si la nationalité française a été transmise à l'intéressé *par filiation :* il s'agit de combattre les effets excessifs de ce mode de transmission de la nationalité[7].

133. Constatation de la perte. Conflits dans le temps. Appréciation critique. – Le législateur a sans doute pensé éviter les discussions antérieures sur l'existence de l'esprit de retour en disposant que la perte de la qualité de Français dans ce cas est « constatée par jugement ». Il en résulte assurément qu'avant le jugement l'intéressé sera à bon droit réputé Français; mais comme le jugement « détermine la date à laquelle la nationalité française a été perdue », les discussions et les surprises peuvent surgir pour peu que la permanence de la possession d'état de Français prête à incertitude[1].

La nouvelle règle de l'article 95 a été déclarée applicable immédiatement à des situations qui ont commencé avant 1945 et qui se sont poursuivies après, c'est-à-dire à des personnes qui résidaient encore à l'étranger après l'entrée en vigueur du code de 1945[2]. La solution n'allait pas de soi, car il s'agit d'une règle de fond et non de preuve[3]. Sa justification est qu'un fait qui se prolonge dans le temps produit ses effets selon la loi en vigueur au jour où il se termine, étant entendu cependant qu'en aucun cas le juge ne pourrait fixer la perte de la nationalité à une date antérieure à l'entrée en vigueur du code de 1945[4].

La perte de la nationalité française en application de l'article 95 n'est pas irrémédiable. La loi du 22 juillet 1993 a accordé (art. 58 nouveau, 21-

---

Droit fr. de la nationalité, n. 708; la modification de l'art. 144 par la L. 22 déc. 1961 (*infra*, n. 152-1) enlève un appui à cette interprétation.

132. (5) Le Code de 1945 exigeait que l'intéressé « réside ou ait résidé » habituellement à l'étranger. L'émigré ne pouvait donc se soustraire à la règle par un retour tardif en France. Ce retour empêche aujourd'hui le jeu de l'art. 95, mais non celui de l'art. 144 (*infra*, n. 152-1).

(6) Sur ce que le demi-siècle doit avoir été acquis du chef des ascendants, v. Aix 12 oct. 1953, S. 1954.2.101. note Schuler, et les objections de R. Savatier, *Cours*, n. 131; TGI Paris, 18 oct. 1985, R. 1987.93, note Lagarde. Il n'est donc pas possible de mettre bout à bout la durée de la résidence habituelle de l'ascendant et celle de l'intéressé. La rédaction nouvelle de l'art. 95. (L. 1973) n'impose pas que ce demi-siècle ait été accompli avant la naissance de l'intéressé (en ce sens P. Lagarde, *La nationalité française*, n. 241; Aymond. fasc. 502-G, n. 92; Loussouarn et Bourel, n. 639; Audit, n. 985.

(7) La résidence dans les protectorats été jugée en pays étranger : Rabat 14 oct. 1947, J.C.P. 1947.II.3972; on observe cependant (Aymond, *loc. cit.*, n. 611) que la possession d'état y aura été facilement conservée (v. toutefois Civ. 7 mai 1963, R. 1964.253. J.C.P. 1964.II.13165, note Aymond). V. sur le caractère du délai, Maury. J.C.P. 1946.I.514, n. 89.

133. (1) L'article 95 ajoute logiquement que le tribunal peut même décider que « cette nationalité avait été perdue par les auteurs de l'intéressé et que ce dernier n'a jamais été français ».

(2) Aix, 24 févr. 1955, J.C.P. 1955.II.8677, note Aymond, R. 1956. Som. 705; TGI Paris, 18 oct. 1985, R. 1987.93, note Lagarde.

(3) A la différence de la règle voisine de l'art. 144, v. *infra*, n° 152-1.

(4) En ce sens Maury, J.C.P. 1946.I.514, n° 91; Loussouarn et Bourel, n° 639; Audit, n° 985. Sur l'application dans le temps de la modification apportée à l'art. 95 par la loi du 9 janv. 1973, v. la note préc., R. 1987, p. 97 et s.

14 c. civ.) une faculté de réclamation de la nationalité française aux personnes concernées, pourvu qu'elles aient conservé ou acquis avec la France des liens manifestes, d'ordre culturel, professionnel, économique ou familial (cf. art. 97-4, 24-2 c. civ.) ou accompli certains services militaires (v. *supra*, n. 106).

L'article 95 est d'un maniement difficile et il n'apporte pas une réponse appropriée au problème posé par la perte d'effectivité de la nationalité française des descendants de Français émigrés à l'étranger. De nombreuses lois étrangères écartent la transmission de plein droit de la nationalité aux descendants nés à l'étranger de nationaux expatriés, ce qui revient à dire en substance que « le *jus sanguinis* ne vaut que pour une génération »[5]. Certaines lois, comme les lois belge et néerlandaise, décident même que la résidence à l'étranger pendant un certain nombre d'années est un cas de perte de la nationalité, au moins pour le national lui-même né à l'étranger.

§ 2. Possession d'une nationalité étrangère.

134. Division. – La possession d'une nationalité étrangère entraîne la perte de la nationalité française pour des raisons, et, partant, dans des conditions sensiblement différentes, suivant qu'elle résulte d'une acquisition volontaire ou d'une attribution d'office.

135. A) Acquisition volontaire d'une nationalité étrangère. – Aux termes de l'article 87 C. nat., 23 c. civ. (réd. L. 9 janv. 1973) : « Toute personne majeure de nationalité française, résidant habituellement à l'étranger, qui acquiert volontairement une nationalité étrangère ne perd la nationalité française que si elle le déclare expressément, dans les conditions prévues aux articles 101 et suivants du présent code. »

La loi de 1973 paraît donc avoir pris le contrepied de la solution traditionnelle que le Code de 1945 consacrait encore en disposant que : « Perd la nationalité française le Français majeur qui acquiert volontairement une nationalité étrangère », et dont les multiples raisons ont été indiquées (supra, n° 131).

En réalité le texte actuel consacre en l'étendant, et en la modifiant sur le plan des formalités, une évolution amorcée de longue date, mais qui a pris après 1945 un tour tout nouveau. En effet, dès 1889, avec l'instauration la même année du service militaire obligatoire, les Français du sexe masculin encore soumis aux obligations du service actif durent obtenir l'autorisation du gouvernement français d'acquérir une nationalité étrangère pour qu'il s'ensuivît la perte de la nationalité

133. (5) Hartley, R. 1983.578, à propos de la loi anglaise de 1981. La Commission de la nationalité (prop. n. 41) allait dans le même sens, de même que le texte initial de la proposition de la loi ayant abouti à la loi du 22 juillet 1993. V. dans la note précitée, R. 1987, p. 100 et s., les indications données sur les lois anglaise, belge, néerlandaise et portugaise.

française[1]. Cette précaution contre la fraude aux obligations militaires fut étendue en 1927 à un délai de dix ans à partir de l'incorporation dans l'armée. Puis un décret du 9 mars 1940 étendit encore le délai jusqu'à l'âge de 50 ans, et même au-delà de cet âge mais seulement pour la durée de la guerre. En 1945, le Code de la nationalité tout en réduisant en principe (art. 89) la durée à quinze ans, maintint en vigueur à titre provisoire l'exigence d'une autorisation jusqu'à l'âge de 50 ans. Et finalement la loi du 9 avril 1954, reprenant les deux dispositions du décret de 1940, exigea l'autorisation du gouvernement pour tous les Français du sexe masculin, quel que fût leur âge, mais spécifia que l'autorisation serait de droit après l'âge de 50 ans[2].

Le système changeait alors considérablement de signification. Il juxtaposait consciemment aux précautions antérieures contre la fraude aux obligations militaires la possibilité, qui était apparue digne d'encouragement, de conserver leur allégeance aux Français amenés à acquérir une autre nationalité pour occuper à l'étranger des fonctions souvent importantes : il suffisait en effet que l'intéressé ne demande pas l'autorisation pour qu'il reste français. L'exigence, même en temps de paix, d'une autorisation au-delà de 50 ans, et son octroi de droit si elle était demandée, suffisaient à caractériser le système.

135. (1) Le décret du 26 août 1811 punissait déjà de la privation des droits civils et de la confiscation de ses biens le Français qui se faisait naturaliser à l'étranger sans l'autorisation du gouvernement. Mais cette naturalisation entraînait néanmoins la perte de la nationalité française. Il a été justement jugé que l'autorisation gouvernementale était inutile pour une naturalisation antérieure au 26 juin 1889. V. cep. Crim. 10 nov. 1932, R. 1934.95 qui a appliqué la loi de 1927 à une naturalisation obtenue en 1926 ; on peut expliquer cette solution par la rédaction insuffisante de la loi militaire du 1er avril 1923. v. Niboyet. I, n. 321, p. 404, note 2.

(2) La succession des textes et leur continuité ont été complexes. Selon l'article 9 de l'ordonnance du 19 octobre 1945 l'exigence d'une autorisation pour les hommes de moins de 50 ans était maintenue « jusqu'à une date qui sera fixée par décret, et au plus tard à l'expiration du délai de cinq ans suivant la date de la fixation légale des hostilités ». Le régime a pris fin, faute de décret, le 1er juin 1951 (v. L. 10 mai 1946). Renouvelant cette méthode de législation temporaire, la loi du 9 avril 1954 a repris les dispositions du décret de 1940 « jusqu'à une date qui sera fixée par décret ». Et pour assurer une continuité relative à ce régime singulièrement discontinu, la loi a prévu que l'autorisation serait également de droit pour ceux qui seraient devenus étrangers avant l'âge de 50 ans entre le 1er juin 1951 et l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Sur cette rétroactivité v. Boulbès, n. 612 et s. La loi de 1973 a enfin disposé à titre permanent.

Sous le régime antérieur l'autorisation devait être préalable à la naturalisation (v. toutefois. pour le régime de 1889, Paris 8 mars 1952, J.C.P. 1952.II.7273, note Aymond), d'où l'absence définitive d'effet de la naturalisation non autorisée, la situation de l'intéressé relevant alors de l'art. 91 (Paris 18 juin 1964, R. 1967.340 ; cf. Boulbès, *Dr fr. de la nationalité*, n. 662 ; Aymond, J.C.P. 1949.II.5096). Toutefois, sous l'empire des textes antérieurs à 1945, la Cour de cassation avait jugé que la nationalité française était perdue seulement à l'expiration de la période pendant laquelle l'autorisation devait être sollicitée (Civ. 16 nov. 1954, D. 1956.770, note Boulbès, J.C.P. 1955.II.8475, note Aymond, R. 1955.289, note Loussouarn).

Une déclaration franco-monégasque du 7 oct. 1919 (R. 1921.419) refusait la nationalité monégasque au Français naturalisé dans la principauté sans l'autorisation requise. Sur son application v. Niboyet, I, n. 317. Une autre déclaration du 16 juin 1947 (R. 1947.315) ajoutait que la France ne donnerait pas de suite favorable aux demandes de naturalisation de ressortissants monégasques en cas d'objection du gouvernement princier. V. *La nationalité française*, n° 176.

Mais il est vite apparu qu'il n'y avait aucune raison sérieuse de ne pas accorder la même possibilité aux femmes, exclues en quelque sorte par accident en raison de l'origine militaire de ces dispositions[(3)].

La loi de 1973 a tiré la conséquence de cette observation.

D'autre part il avait été maintes fois observé que la perte de la nationalité française par acquisition volontaire d'une nationalité étrangère n'était constatée par aucun acte des autorités françaises. Il s'ensuivait des surprises pour les tiers et même souvent pour les intéressés eux-mêmes, d'autant que les termes des dispositions qui furent successivement en vigueur à ce sujet n'étaient pas exempts de toute incertitude d'interprétation (v. *infra*, n. 136). Enfin l'administration était de son côté la moins à même de savoir qu'un Français avait acquis une nationalité étrangère, contrairement à la politique développée surtout depuis 1938 de surveillance, sinon de contrôle, des acquisitions et des pertes de la nationalité française. D'où l'idée d'astreindre les Français acquérant une nationalité étrangère à le déclarer à l'autorité française. Cette innovation procédurale permet à la fois de résoudre le problème de preuve et celui de la conservation de la nationalité française par l'absence de déclaration. Elle facilite aussi la précaution contre la fraude aux obligations militaires. Mais il n'en reste pas moins que la règle nouvelle, en multipliant les cas de double nationalité, est en contradiction avec le droit conventionnel qui lie notre pays dans son domaine[(4)].

136. Conditions de la déclaration de perte de la nationalité française. – La déclaration de perte de la nationalité française est soumise dans le texte nouveau à certaines conditions, tenant tant à la personne de l'intéressé qu'à l'acquisition de la nationalité étrangère.

1° La personne qui fait la déclaration doit être *majeure*, donc capable. La règle n'est pas nouvelle et avait été admise dans le régime antérieur par la jurisprudence avant même que la loi de 1927 précisât l'exigence de la majorité[(1)].

L'intéressé doit avoir sa *résidence habituelle à l'étranger*. Cette condition, qui date de la loi de 1973, tend à réserver la faculté de répudiation à ceux dont on peut penser qu'ils ne sont plus français en fait.

135. (3) V. les propositions de loi citées dans le *Rép. Dalloz de dr. int.*, v° *Nationalité*, n. 501.

(4) V. notamment la convention du Conseil de l'Europe du 6 mai 1963, ratifiée par la France (*supra*, n. 79), qui prévoit que le majeur acquérant volontairement la nationalité de l'un des États signataires perd de plein droit sa nationalité antérieure sans pouvoir être autorisé à la conserver (art. 1[er]; v. toutefois le protocole du 2 fév. 1993, *supra*, n. 79)). L'avantage ainsi accordé aux Français de l'étranger est illusoire si le pays étranger de séjour (par ex. Allemagne, L. 22 juil. 1913, art. 9) subordonne l'acquisition de sa nationalité à la perte de la nationalité antérieure.

136. (1) Si l'intéressé est mineur, il ne peut que demander sa libération d'allégeance selon l'art. 91 (23-4 c. civ.) (n° 138). Dans le cas où un mineur avait acquis une nationalité étrangère la jurisprudence avait autrefois décidé que la ratification de cet acte après sa majorité était inopérante (Civ. 19 août 1874, S. 75.1.52). Puis elle avait admis (Civ. 26 févr. 1890, S. 93.1.126), que l'assentiment du gouvernement étranger à la ratification pouvait suffire, même implicite (Seine 9 févr. 1921, J. 1921.206).

Les homme âgés de moins de 35 ans ne pourront répudier la nationalité française que s'ils ont satisfait aux obligations de service actif imposées par le Code du service national ou s'ils en ont été dispensés ou exemptés (art. 89, 23-2 c. civ.). La crainte d'une fraude au service militaire n'a donc pas disparu de la loi nouvelle.

2° La déclaration de perte de la nationalité française est subordonnée à l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère. Il doit s'agir de la nationalité d'un État autre que ceux qui sont partis à la Convention de Strasbourg du 6 mai 1963 (n. 135, note 4) sinon la nationalité française serait perdue de plein droit[(2)]. La nationalité étrangère envisagée est celle qui correspond à notre notion de la nationalité, c'est-à-dire d'un lien considéré comme exclusif avec un État souverain[(3)]. Cette nationalité doit bien entendu avoir été acquise régulièrement d'après la loi étrangère[(4)]. Mais elle ne doit pas l'avoir été dans une intention de fraude à la loi française. Sous le régime antérieur, la naturalisation frauduleuse ne faisait pas perdre à l'intéressé sa nationalité française antérieure[(5)]. Sous le régime actuel, la fraude pourrait justifier, soit un refus d'enregistrement de la déclaration, soit, si elle est découverte postérieurement, une contestation de celle-ci (art. 107, 26-4 c. civ.).

136. (2) Sur les difficultés rencontrées en cas d'acquisition des nationalités tunisienne et vietnamienne, en raison de l'interprétation de conventions aujourd'hui caduques, v. Lagarde, *La nationalité française*, n° 214.

(3) Les tribunaux ont ainsi écarté comme échappant à cette définition l'acquisition des droits de sujet britannique dans une colonie anglaise si cette qualité n'était acquise ni à l'égard du gouvernement métropolitain, ni des autres colonies: Crim. 14 févr. 1890, G.P. 90.2.81. V. aussi pour l'indigénat dans un dominion, Besançon 26 juill. 1916, R. 1917.275, et pour la *denization* anglaise, Civ. 16 févr. 1875, S. 75.1.193, note Labbé. La simple acquisition des droits politiques, sous forme par exemple d'un droit de bourgeoisie (Bordeaux 14 mars 1850, S. 52.2.561; Trib. Meaux 27 avril 1887, *Le Droit*, 9 juin 1887), et *a fortiori* des seuls droits civils (Bordeaux 14 mars 1850, préc.) n'équivaut pas non plus à une naturalisation, réserve faite évidemment du cas où l'acquisition de la bourgeoisie entraîne la naturalisation: Colmar 19 mai 1868, S. 68.2.245. La concession des droits politiques aux prolétaires étrangers résidant en Russie par la loi soviétique antérieure à la constitution de 1936 ne devait donc pas être retenue. On peut douter, pour les mêmes raisons, que la citoyenneté vaticane conférée en vertu de la loi vaticane du 7 juin 1929 équivale à une naturalisation du point de vue ici considéré. Cf. sur cette nationalité, V. Guiho, *Mél. Vincent*, 1981, n. 103 et s., spéc. 114.

(4) Civ. 26 févr. 1890, G.P. 90.1.610. V. aussi Seine 23 févr. 1898, J. 98.927. *Adde* Paris 2 mai 1967, J. 1968.332, note Aymond, qui réserve le cas où le décret étranger de naturalisation aurait été annulé, mais qui refuse à bon droit d'en contrôler la validité au regard du droit étranger. Cf. cependant Req. 13 févr. 1922, S. 1922.1.72, note Niboyet, J. 1922.996, R. 1924.397 approuvant le maintien de son effet à une naturalisation annulée à l'étranger; l'arrêt peut s'expliquer par un rapprochement entre cette annulation et un retrait. Bien entendu, le simple accomplissement des formalités préalables à la naturalisation ne suffit pas, Amiens 13 juill. 1899, *Rec. Amiens*, 99.293. Sous le régime ancien de l'art. 87, il avait été jugé que si la loi étrangère subordonnait la régularité de la naturalisation à la liberté d'allégeance du naturalisé vis-à-vis de sa patrie d'origine, la loi française devait être considérée comme lui assurant cette liberté, Colmar 19 mai 1868, S. 68.2.246.

(5) Chambéry 21 mai 1908, S. 1908.2.312. En ce sens, Lerebours-Pigeonnière, 3[e] éd., n. 114; Pillet, I, n. 107; Perroud, J. 1926.21; Louis-Lucas, *La nationalité française*, p. 231; *contra*, Maury, *Rép. La Pradelle et Niboyet*, n. 446; Niboyet, I, n. 331.

Enfin cette acquisition de la nationalité étrangère doit avoir été *volontaire*. Cette notion ayant donné lieu à certaines difficultés d'interprétation dans le régime du Code de 1945, la loi du 9 janvier 1973 (art. 22) a précisé, à titre interprétatif, et sous réserve des décisions passées en force de chose jugée, que « l'acquisition d'une nationalité étrangère doit s'entendre d'un acte positif ayant pour but principal l'acquisition de cette nationalité. La perte de la nationalité française ne peut résulter du non-usage d'une faculté de répudiation offerte par la loi du pays dont la nationalité est conférée à l'intéressé »[6].

La déclaration doit être souscrite entre la date du dépôt de la demande de l'acquisition de la nationalité étrangère et le délai d'un an qui suit cette acquisition (art. 88, 23-1 c.civ.).

137. Effets de la perte de la nationalité française. – La perte de la nationalité française prend effet à la date de l'acquisition de la nationalité étrangère (art. 97-1,1°, 23-9 c. civ.), quelle que soit la date, antérieure ou postérieure, à laquelle la déclaration de répudiation a été souscrite. La cause de la perte de la nationalité française demeure en effet l'acquisition volontaire de la nationalité étrangère et non la répudiation, d'où la possibilité pour l'intéressé de se faire réintégrer dans la nationalité française par simple déclaration (*supra*, n. 123).

Cette perte n'entraîne aucun effet collectif sur la nationalité française de la femme ou des enfants de l'ancien Français[1] sauf convention internationale contraire[2]. La solution, qu'impose le silence des textes, n'est

136. (6) V. déjà en ce sens, pour le non-usage d'une faculté de répudiation, P. Lagarde, *Rép. Dalloz dr. int.*, v° Nationalité n. 490; comp. Maury, J.C.P. 1946.1.514, n. 78. La pratique de la Chancellerie était en sens inverse, et c'est elle que la loi nouvelle a surtout voulu renverser, v. rapport Geoffroy, *Doc. Sénat*, 2e session, 1970-1971, n. 302, p. 23; cf. également Aubry et Rau, t. I, 7e éd., par Ponsard, n. 309, p. 508. La jurisprudence avait également refusé de considérer comme « volontaire » l'acquisition consécutive à un acte de volonté ayant un autre but, par exemple un achat d'immeuble (Trib. Bordeaux 29 nov. 1882, J. 83.296; cf. Pau 15 juin 1903, J. 1904.943), et évidemment la possession d'état (Besançon 29 juill. 1926, S. 1928.2.17, note Niboyet, R. 1927.515, G.P. 1926.2.689). V. aussi, pour l'acquisition consécutive à un mariage, spécialement pour les Françaises ayant épousé des Allemands sous l'empire de la loi allemande du 19 août 1957, P. Lagarde, *Rép. cit.*, n. 493. Mais cf. note 3 pour l'acquisition d'un droit de bourgeoisie en Suisse. De même l'acceptation d'une fonction publique a pu valoir acte d'allégeance: Trib. Colmar 10 juin 1952, S. 1953.2.105, note Boulbès. V. aussi sur la signification de l'acquisition de la nationalité par la femme de celui qui se fait naturaliser en Allemagne, Boulbès, *Droit fr. de la nationalité*, n. 591. En tout cas, l'acquisition d'une nationalité étrangère en vertu de l'effet collectif de la naturalisation du père ou du mari demeure le type même de l'acquisition non volontaire: V. Lyon 19 mars 1875; S. 76.2.21; Toulouse 27 juill. 1874, S. 76.2.249; 21 juin 1876, S. 76.2.177; Chambéry 27 août 1877, S. 78.2.15; Besançon 17 déc. 1924, G.P. 1925.1.192. Mais l'acquiescement de la femme a été jugé valoir acquisition volontaire, Colmar 19 juill. 1950, S. 1953.2.105, note Boulbès.

137. (1) V. les arrêts cités *supra*, n. 136, note 6 *in fine; adde* Trib. Strasbourg 15 févr. 1921, *Rev. jur. Als.-Lorr.*, 1921.434.

(2) Une *convention franco-suisse* du 23 juillet 1879, abrogée à compter du 8 févr. 1989 (v. R. 1989.577), décidait que les enfants mineurs des Français naturalisés suisses restaient français mais pouvaient opter à leur majorité pour la nationalité suisse. Sur cette convention, v. Boulbès, n° 100. La Convention de Strasbourg du 6 mai 1963 prévoit aussi la perte de leur

pas en harmonie avec les effets collectifs qui s'attachent à la naturalisation en France, et exprime sans doute la nuance de désapprobation qu'implique la perte de la nationalité française.

138. B) Attribution d'office d'une nationalité étrangère.

Aux termes de l'article 91, C. nat. (23-4 c. civ.) « perd la nationalité française le Français, même mineur, qui ayant une nationalité étrangère, est autorisé, sur sa demande, par le gouvernement français, à perdre la qualité de Français ». Par cette règle introduite dans notre droit en 1927 (art. 9-3°) le législateur a entendu donner à l'administration le moyen de résoudre tous les conflits positifs réels de nationalité. Cette intention, qui résulte des travaux préparatoires, a été affirmée par le gouvernement français dans l'enquête de la Société des Nations[1]. Dans le cas envisagé il ne s'agit plus, comme dans celui de l'article 87 (23 c. civ.), d'un individu qui a manifesté, par un acte volontaire d'acquisition d'une nationalité étrangère, qu'il n'était plus français en fait; c'est une loi étrangère qui le prétend sien, et la loi française ne peut s'incliner devant cette prétention sans renoncer au principe qu'elle a seule qualité pour déterminer qui est français. Mais pour témoigner de sa bonne volonté le législateur autorise l'administration à examiner dans chaque cas particulier si la revendication étrangère ne correspond pas mieux à la réalité. La demande de l'intéressé sera un premier élément d'appréciation[2].

Il résulte de cet esprit que l'article 91 (23-4 c. civ.) doit jouer dans tous les cas où l'article 87 ne peut intervenir, et notamment dans celui d'une nationalité acquise volontairement par un incapable[3].

nationalité d'origine par les enfants dont les parents acquièrent volontairement la nationalité d'un autre État contractant. La L. 26 déc. 1964 leur accorde une faculté de réintégration par déclaration, v. *La nationalité française*, n° 218.

138. (1) *Nationalité*, I, p. 77; v. R. Dreyfus, J. 1927.940.

(2) La Chancellerie avait déjà permis, avant 1927, aux individus qui s'étaient fait naturaliser à l'étranger sans avoir obtenu au préalable l'autorisation de perdre leur nationalité (art. 17-1°), de régulariser *a posteriori* leur situation (v. Paris 8 mars 1952, J.C.P. 1952.II.7273, note Aymond; cf. Niboyet, I, n. 456, p. 525). Le champ d'application de ce procédé était bien plus étroit que celui de l'actuel art. 91.

La convention de La Haye du 12 avril 1930 (art. 6) dispose que l'autorisation ne sera pas refusée à l'individu qui a sa résidence habituelle et principale à l'étranger et qui satisfera aux conditions prescrites par l'État dont il veut répudier la nationalité. La convention du Conseil de l'Europe du 6 mai 1963 (R. 1968.535) précise, de son côté (art. 2- 2), que l'autorisation ne sera pas refusée par l'État dont le ressortissant majeur possède de plein droit la nationalité s'il a, depuis au moins dix ans, sa résidence habituelle hors du territoire de cet État et à la condition qu'il ait sa résidence habituelle sur le territoire de l'État dont il entend conserver la nationalité. V. pour une application, Cons. d'État 28 oct. 1987, J.C.P. 1988.IV.15, admettant la légalité d'un refus.

La loi anglaise, plus libérale, ne donne au gouvernement un droit d'appréciation qu'en temps de guerre (*British Nationality Act* de 1981, sect. 12). La loi allemande du 22 juill. 1913 (art. 22) admet même le principe de l'abdication de la nationalité sauf dans des cas déterminés.

(3) D'ailleurs, et depuis le D. 12 nov. 1938, le texte ne spécifie même plus que la nationalité étrangère doit avoir été attribuée sans la volonté de l'intéressé. On a suggéré (Niboyet, 1re éd., n. 459) de refuser le bénéfice de la règle aux Français devenus tels sur leur demande. Cette situation peut tout au plus être un élément d'appréciation pour l'administration.

139. L'autorisation gouvernementale. – La demande d'autorisation peut être formée par le mineur seul, dès l'âge de seize ans (depuis la loi de 1993), et par représentation en dessous de cet âge (art. 5 c. nat., 17-3 c. civ.). L'autorisation est accordée par un décret, lequel est publié au *Journal officiel* (art. 46, D. 10 juill. 1973) et donne lieu à la perception d'un droit de sceau assez élevé. Le rejet de la demande est notifié à l'intéressé, et, depuis la loi de 1993, il doit être motivé (art. 110 nouveau, 27 c. civ.), ce qui permettra un contrôle judiciaire plus étendu[1]. La pratique de l'Administration est de s'en tenir en principe à des critères objectifs et de surbordonner la libération d'allégeance à l'expatriation réalisée ou en voie de l'être, de l'intéressé[2].

140. Effets de la perte de la nationalité. – La nationalité française est perdue en vertu de l'article 91 (23-4 c. civ.) à dater du décret (art. 97-1,3°, 23-9 c. civ.) et sans effet collectif sur la famille de l'intéressé. On a douté avant 1945 du point de savoir si la nationalité française n'était pas perdue rétroactivement parce que l'article 9-3°, L. 1927 prévoyait l'autorisation de *« conserver »* une nationalité étrangère ; l'administration constate effectivement que l'impétrant a toujours été en fait étranger. La loi nouvelle a entendu éliminer toute hésitation à ce sujet en modifiant la rédaction du texte[1]. Il faut reconnaître que toute rétroactivité est source de graves inconvénients et doit être écartée quand il n'y a pas de nécessité certaine à l'imposer.

§ 3. Perte de la nationalité française en raison du comportement.

141. Généralités. – Dans les règles qui précèdent, l'intéressé a exprimé sa volonté de ne plus se considérer comme français, et la loi en a tenu le compte qu'elle estimait justifié. Mais il est d'autres cas dans lesquels,

139. (1) Avant la loi de 1993, le juge administratif pouvait cependant exiger de l'administration, comme en cas de rejet d'une demande de naturalisation (v. *supra*, n. 116, texte et note 13), qu'elle lui fasse connaître les raisons de fait et de droit de sa décision, v. Cons. d'État, 30 avril 1990, D. 1991.280, note Guiho.

(2) Telle est aussi la position du Conseil d'État. V., approuvant le refus d'autorisation dans des cas où les intéressés n'avaient pas l'intention de quitter la France, Cons. d'État, 25 juil. 1986, J.C.P. 1987.II.20777, note Pacteau, A.J.D.A., 1986.556, chr. Azibert et de Boisdeffre, R. 1987.549, note Lagarde ; 28 oct. 1987, J.C.P. 1988.IV.15 ; 30 avr. 1990, préc. (note 1). V., annulant le refus de l'administration lorsque celle-ci a méconnu un désir d'expatriation paraissant certain, Cons. d'État, 15 juin 1987, R. 1989.53 ; 8 juin 1988, G.P. 1989.1. Som. 154. Sur l'ensemble, v. l'étude de jurisprudence de G. Olekhnovitch, R. 1992.363 et s., spéc. 390 et s.

140. (1) V. aussi l'art. 46, D. 10 juill. 1973. L'ancienne formule se heurtait à l'objection qu'il n'appartient pas aux pouvoirs publics français de se prononcer sur la conservation d'une nationalité étrangère. En réalité elle signifiait seulement que le gouvernement français ne voyait pas d'objection à ce que l'intéressé « gérât » effectivement sa nationalité étrangère. La formule« est autorisé à perdre » aurait dû aussi être modifiée : l'autorisation concerne un acte à accomplir. Le décret retire en réalité sa nationalité au requérant.

l'intéressé ne prenant aucune initiative, ce sont les pouvoirs publics qui peuvent juger à propos de décider que sa nationalité française est perdue *en raison de son comportement*. La mesure tient encore un certain compte de la nationalité de fait, mais présente aussi déjà un aspect répressif. Le premier caractère domine dans le cas, tout proche de celui de l'article 91 (23-4 c.civ.), où un Français ayant aussi la nationalité d'un pays étranger se comporte comme ressortissant de ce pays (art. 96, 23-7 c. civ.) ; le second apparaît plus en relief dans le cas classique du Français occupant un emploi dans un service public étranger (art. 97, 23-8 c. civ.).

142. A) Comportement du Français cumulant deux nationalités.

Aux termes de l'article 96, C. nat. (23-7 c. civ.) « le Français qui se comporte en fait comme le national d'un pays étranger peut, s'il a la nationalité de ce pays, être déclaré, par décret après avis conforme du Conseil d'État, avoir perdu la qualité de Français ». Cette disposition est en quelque sorte la suite logique de celle de l'article 91 : si le Français cumulant deux nationalités n'exprime pas le désir d'être libéré de son allégeance à l'égard de la France, le gouvernement peut estimer que ce ressortissant légal n'est aucunement un national réel, et son abstention peut même prêter au soupçon : ne serait-elle pas un moyen de faciliter par une nationalité française de droit des activités incompatibles avec la qualité de Français[1] ?

Le décret du 12 novembre 1938, fruit de la tendance à la méfiance vis-à-vis des étrangers, avait prévu la perte de la nationalité française dans ce cas par un décret rendu dans les formes des déchéances pour indignité (n. 145). Le Code de 1945 a heureusement dissocié les deux hypothèses.

L'aspect répressif subsidiaire explique cependant les garanties de forme et de procédure : le décret de perte, qui doit être motivé (L. 11 juill. 1979 et circ. 28 sept. 1987), est pris sur avis conforme du Conseil d'État, l'intéressé, dûment appelé, ayant eu la faculté de produire ses observations (art. 112-1, 27-3 c. civ.). Il permet aussi d'admettre que l'article 96 (23-7 c. civ.), comme l'article 97 (23-8 c. civ.), est applicable aux mineurs, et explique en partie que la nationalité française ne soit perdue qu'à la date du décret, ce qui correspond aussi au souci d'éviter l'anéantissement rétroactif d'apparences trompeuses[2].

142. (1) V. sur cet esprit essentiellement répressif de l'application qui a été faite du texte Aymond, J. 1964.583 ; Fournier, R. 1967.683 ; cf. pour le contrôle des faits retenus, Cons. d'État 20 mars 1964, J.C.P. 1964.II.13755, note Aymond.

(2) L'intéressé doit être informé des faits retenus à son encontre. Cons. d'État 7 mars 1958, J. 1959.116, note B.G. ; 21 févr. 1966, G.P. 1966.2.247. Le décret est publié (art. 111, 27-1 c. civ.), mais prend effet au jour de sa signature (art. 97-1, 3°, 23-9 c. civ.). Le D. 10 juill. 1973 (art. 47 renvoyant à l'art. 46) prévoit la réserve des actes passés par l'intéressé et des droits acquis par les tiers antérieurement à la publication du décret sur le fondement de la nationalité française perdue. Ce texte ne prévoit pas la notification du décret à l'intéressé, mais celle-ci est pratiquement obligatoire depuis que le Conseil d'État (28 janv. 1966, J.C.P. 1966.II.4789, 1re esp., note Aymond) a décidé que le délai du recours pour excès de pouvoir contre ce décret partait du jour de la notification et non de celui de la publication. *Adde* et sur Cons. d'État 4 févr. 1966, Aymond, J. 1967.391.

La loi du 7 mai 1984 a abrogé le second alinéa de l'article 96 qui permettait d'étendre, dans les mêmes formes, la perte de la nationalité française à la femme de l'intéressé et à ses enfants mineurs, s'ils avaient eux-mêmes une nationalité étrangère. Est ainsi disparu le dernier cas dans lequel un décret de perte de la nationalité française pris à titre de sanction pouvait encore produire un effet collectif.

143. B) Emploi dans un service public étranger.

Dès 1804 l'article 17-2°, C. civ. attachait la perte de la nationalité française à «l'acceptation de *fonctions publiques*» à l'étranger. La loi de 1927 en considérant «l'emploi dans un service public» a voulu étendre la règle à des emplois sans caractère politique dangereux pour la France, mais qui, tout en manifestant un état d'esprit peu français, permettraient le cumul des avantages afférents à deux nationalités(1); un emploi dans un service concédé, tel que les chemins de fer, a été cité comme exemple dans les travaux préparatoires. Les auteurs de la loi avaient entendu englober dans leur formule le service militaire, qui avait fait l'objet de 1889 à 1927 d'une disposition spéciale(2); le législateur de 1945 a cru devoir le mentionner spécialement. Puis l'ordonnance du 2 février 1961 a notablement étendu la règle en ajoutant aux services publics étrangers certaines organisations internationales et à l'acceptation d'emploi le simple concours; aux termes de l'article 97, C. nat., 23-8 c. civ. (réd. Ord. 2 févr. 1961) «perd la nationalité française le Français qui, occupant un emploi dans une armée ou un service public étranger ou dans une organisation internationale dont la France ne fait pas partie, ou plus généralement leur apportant son concours, n'a pas résigné son emploi ou cessé son concours nonobstant l'injonction qui lui en aura été faite par le gouvernement»(3).

La qualification de service public dépend d'une part de la structure à l'étranger du service considéré, mais d'autre part de la définition française du service public, puisqu'il s'agit d'appliquer une loi française(4).

Sur la compétence des tribunaux judiciaires pour apprécier la nationalité étrangère de l'intéressé, v. les décisions rendues dans l'affaire *Godek*, Cons. d'État 4 févr. 1966, R. 1967.683. concl. Fournier, note P.L., J. 1966.684, note Aymond; Trib. conflits 24 juin 1968, R. 1968.649, note Batiffol; Civ. 17 févr. 1982, R. 1983.249, note Batiffol. La solution a été consacrée expressément par la L. 9 janv. 1973 dans l'art. 124, C. nat. Certains traités attribuent compétence exclusive aux tribunaux de l'État contractant concerné pour connaître des contestations élevées à titre principal sur une question concernant l'attribution de sa nationalité (v. conv. jud. France-Madagascar 4 juin 1973, art. 4, R. 1975.771).

143. (1) V. R. Dreyfus, J. 1927.948.

(2) V. la circulaire du 13 août 1927. Ls disposition était spéciale en ce que la prise de service à l'étranger sans autorisation *préalable* entraînait la perte de la nationalité, alors que, depuis 1889, l'acceptation de fonctions publiques n'engendrait cette conséquence qu'après injonction de les résigner. Il en résultait la possibilité d'une fraude par prise de service dans un pays moins exigeant à ce sujet que la France. On a donc assimilé les deux cas en 1927 et l'élargissement de la formule a dispensé de mentionner le service militaire. V. sur la règle abrogée Niboyet, I, n. 371. Par une mesure transitoire, d'ailleurs rétroactive. la loi de 1927 (art. 14 *b*) a décidé que le prise de service antérieure à sa promulgation n'entraîne pas la déchéance de la nationalité française sous réserve de la chose jugée

(3) L'esprit extensif de la loi conduit aussi à y inclure les mandats publics électifs déjà retenus avant 1927 (v. Colmar 23 iuill. 1924, G.P. 1924.2.559). La forme du nouveau texte permet de l'appliquer aux services publics étrangers fonctionnant en France à l'encontre des hésitations soulevées par la rédaction antérieure. V. sous l'empire du texte, mieux rédigé, de 1894, Poitiers 27 janv. 1880. S. 81.1.121 sous Civ. 14 avril 1880. En ce sens Niboyet, I, n. 360. Sur les fonctions religieuses, v. Niboyet, I, n. 361. L'emploi doit être effectif. un simple grade honorifique dans une armée étrangère n'y équivaut pas: Civ. 15 avril 1878, S. 80.1.375.

(4) Maury, *Rép. Lapradelle et Niboyet*, v° *Nationalité*, n. 497; Aymond. *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 502-G. n. 124.

144. L'injonction. – Avant 1889 l'acceptation des fonctions devait être autorisée *préalablement* par le gouvernement. Mais il est apparu à l'usage, d'une part, que l'emploi de Français dans certaines fonctions culturelles, diplomatiques, voire même politiques, pouvait répondre, le cas échéant, à une utilité(1), d'autre part, que le système pouvait servir la fraude aux obligations militaires. Aussi la loi de 1889 décida-t-elle que la nationalité française ne serait perdue que si l'intéressé, ayant reçu l'injonction de résigner son emploi dans un délai déterminé, n'y avait pas obtempéré. Le système fut maintenu en 1927.

Le Code de 1945 le rendit plus rigide en ce que le délai de résignation fut uniformément fixé à six mois, mais il l'assouplit plus substantiellement en prévoyant que l'intéressé serait admis à prouver avoir été «dans l'impossibilité absolue» de résigner son emploi. L'ordonnance du 2 février 1961 est revenue au système antérieur, mais en spécifiant que le délai imparti par l'injonction ne serait pas inférieur à quinze jours ni supérieur à deux mois, et en excluant l'excuse de l'impossibilité(2). D'autre part la perte, au lieu de résulter de l'expiration du délai, ne sera acquise que par un décret en Conseil d'État constatant le défaut de résignation, système plus ménager des intérêts individuels(3). Le souci de protection individuelle a conduit à accorder les mêmes garanties que dans le cas de l'article 96 (23-7 c. civ.). L'intéressé devra donc être entendu ou appelé à produire ses observations (art. 112-1, 27-3 c. civ.)(4). Le décret sera pris en Conseil d'État, et si l'avis de celui-ci est défavorable, en Conseil des ministres. Il doit être motivé (L. 11 juill. 1979 et circ. 28 sept. 1987). La nationalité française est perdue à la date du décret (art. 97-1, 3°, 23-9 c. civ.).

L'aspect répressif de l'institution est manifeste. L'injonction ne peut-elle dès lors être adressée à un mineur? La négative a été appuyée sur ce que tout acte volontaire produisant des effets juridiques suppose un auteur capable, et de fait la jurisprudence sur la loi de 1889 ne tenait compte que du service militaire pris par un majeur(5). Mais on peut répondre que l'acceptation de l'emploi étranger, n'ayant pas pour but, sauf le cas de fraude, la perte de la nationalité française, ne constitue pas, à ce point de vue, un acte juridique, mais un fait dont la loi déduit les conséquences de droit. Plus précisément d'ailleurs, ce n'est pas cette acceptation qui entraîne la perte de la nationalité, mais l'absence de résignation dans le délai imparti: la règle revêt nettement un caractère répressif et peut donc être

---

144. (1) L'ancien article 17-2°. C. civ. avait été appliqué, dans des conditions d'opportunité discutables, à un dentiste de la Cour de Russie, qualifié de ce chef conseiller aulique (Civ. 14 mai 1834, D.P. 34.1.215. S. 34.1.847), au directeur du conservatoire de musique de Liège (Paris 3 juin 1859. S. 60.2.261), à un pasteur protestant rétribué par l'État belge (Paris 12 mai 1891, J. 91.1221).

(2) L'injonction devrait normalement prendre la forme d'un décret notifié à l'intéressé; mais une injonction verbale, par le consul de France, par exemple, sur instructions écrites du ministre paraîtrait répondre aussi au vœu de la loi. L'injonction est certainement envisagée comme individuelle. *Contra*, pour la possibilité d'injonctions collectives, Niboyet, I, n. 366. et le D. 16 févr. 1937 interdisant aux Français de prendre du service dans les forces armées en Espagne.

(3) Ce décret doit être publié au *Journal officiel* (art. 47, D. 10 juill. 1973, qui a rétabli la solution ancienne abrogée par la L. 22 déc. 1961).

(4) La L. 9 janv. 1973 rétablit ainsi la garantie qu'avait supprimée l'Ord. 2 févr. 1961, modifiant l'ancien art. 119, C. nat. Sur le régime antérieur à 1945, qui admettait un recours devant le tribunal civil, v. Niboyet, I, p. 462.

(5) En ce sens Niboyet, I, n. 363; L. de La Morandière et H. Batiffol, *Supplément au Cours de Surville*, 1929, n. 81; Req. 5 déc. 1917. J. 1918.685; mais cf. sur la continuation du service militaire après la majorité Civ. 5 janv 1912, D.P. 1912.1.345, note Nast, et Civ. 31 déc. 1930, S.1932.1.113, note Niboyet.

appliquée au mineur. Sans doute elle constate aussi que l'intéressé n'a plus une mentalité française, mais c'est également le cas des déchéances pour défaut de loyalisme dont la nature n'est pas discutée : le caractère répressif s'ajoute à la constatation objective, il n'est pas éliminé par elle. Il devrait donc suffire en droit, faute de texte en sens contraire, que le mineur ait eu un discernement suffisant[6].

Dans la pratique, l'injonction a toujours produit un effet dissuasif suffisant pour dispenser le gouvernement de prendre un décret de perte de la nationalité française.

§ 4. Déchéance pour indignité.

145. Généralités. – La loi du 10 août 1927 a introduit dans notre droit la déchéance de la nationalité française pour défaut de loyalisme. L'idée d'une déchéance pour indignité se trouve déjà dans le décret du 27 avril 1848 attachant cette sanction au *trafic d'esclaves*, et qui est resté en vigueur jusqu'à l'ordonnance du 19 octobre 1945[1].

L'article 9-5° de la loi de 1927 dans sa rédaction première avait institué trois cas généraux de déchéance de la nationalité française pour défaut de loyalisme pour les Français d'acquisition. Cette innovation, condamnée par nombre d'auteurs comme contraire aux droits de l'individu et génératrice d'apatridie[2], a paru au moins regrettable par son caractère permanent. Elle a pourtant été aggravée par les textes ultérieurs. Le décret du 12 novembre 1938 a élargi les cas de déchéance, substitué la procédure administrative à la procédure judiciaire et prévu des effets collectifs à la perte de la nationalité. Le décret du 9 septembre 1939 y a ajouté, pour la durée de la guerre, des rigueurs nouvelles.

Le Code de 1945, tout en maintenant la procédure administrative, a réagi contre l'élargissement excessif de la déchéance par le décret de 1938 : les cas actuels, plus strictement définis, sont plus étroits à certains égards que ceux de la loi de 1927 dans sa rédaction originaire. La loi du 9 janvier 1973 a maintenu le régime antérieur, mais supprimé les effets collectifs de la déchéance.

Bien que les mesures de déchéance soient en fait exceptionnelles (3 de 1973 à 1986) et qu'on ne puisse les qualifier d'arbitraires au sens de l'article 15 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme[3], leur légitimité de principe n'est pas assurée. Le droit comparé montre

144. (6) En ce sens, Maury, *Rép.*, n. 506. *Contra*, Boulbès, *Dr. fr. de la nationalité*, n. 736. note 4. Les travaux préparatoires de la loi de 1927 admettent une « idée de pénalité » ; la Chancellerie (circ. du 13 août 1927) parle de sa « nature répressive ».

145. (1) V. Niboyet, I, n. 354 *bis*. Pendant la première guerre mondiale les lois du 7 avril 1915 puis du 18 juin 1917 ont organisé le retrait des naturalisations accordées aux ressortissants des puissances ennemies. Cette législation vaut pour les guerres postérieures mais les mesures plus générales prises depuis lui enlèvent tout intérêt réel – surtout du fait que ces dernières confient la déchéance à l'administration, comme l'avait d'ailleurs primitivement admis la loi de 1915, alors que celle de 1917, abrogeant la précédente, instituait une procédure judiciaire nettement moins expéditive (v. sur cette loi Niboyet, I, n. 388).

(2) V. Niboyet, I, n. 111 ; Scelle, R. 1934.65 ; comp. Maury, *loc. cit.*, n. 511.

(3) « Nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité ».

aujourd'hui plus de réserve. Les lois belge (art. 23 C. nat. belge 1984) et espagnole (art. 24 C. civ.) prévoient une procédure judiciaire. L'Allemagne ne connaît pas cette institution. Réagissant contre les dénaturalisations massives de la période national-socialiste, elle a inscrit dans sa constitution (art. 16) que « la nationalité allemande ne peut pas être retirée » et que « la perte de la nationalité allemande ne peut intervenir que sur le fondement d'une loi, et n'être prononcée contre la volonté de l'intéressé qu'à la condition de ne pas entraîner l'apatridie de celui-ci ».

146. Champ d'application de la déchéance. – Aux termes de l'article 98, C. nat., (25 c. civ.), siège de la matière, la déchéance est applicable à « l'individu qui a *acquis la qualité de Français* » . La formule, qui élimine les discussions provoquées par la rédaction de l'article 10 de la loi de 1927, vise, dans la terminologie du Code de la nationalité, tous les Français devenus tels après leur naissance, non seulement par naturalisation, réintégration ou mariage, mais encore en vertu des articles 44 ou 55. (21-7 ou 21-12 c. civ.). Sont seuls épargnés les Français d'origine.

La loi a entendu maintenir à ces derniers un droit à leur nationalité, et a paru estimer que le défaut de loyalisme ou l'indignité étaient plus à craindre des Français de fraîche date[1].

Cette discrimination est tempérée par une innovation qui manifeste le caractère plus libéral à cet égard du Code de 1945 : les faits d'indignité ne sont retenus que s'ils surviennent *dans les dix ans de l'acquisition* de la nationalité française (art. 99, 25-1 c. civ.) ; après ce délai il ne s'agit plus d'un Français récent.

147. Cas de déchéance. – En vertu de l'article 98 (25 c. civ.) le nouveau Français peut être déchu de sa nationalité :

1° S'il est condamné pour un acte qualifié crime ou délit *contre la sûreté de l'État*, ou puni par les articles 109 à 131 du Code pénal (art. 98-1° et 2°). Après l'entrée en vigueur du nouveau code pénal (lois n. 92-683 à 686 du 22 juillet 1992), la rédaction de l'article 98, 1° et 2° du code de la nationalité (25 c. civ.) sera modifiée. Elle mentionnera les actes qualifiés crime ou délit « constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation » et ceux prévus et réprimés par le chapitre II du titre III du Livre IV du code pénal. Il s'agit des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique, c'est-à-dire les abus d'autorité dirigés contre l'administration et contre les particuliers (atteintes à la liberté individuelle, discrimination, atteintes à l'inviolabilité du domicile et du secret des correspondances), ainsi que des manquements au devoir de probité (concussion, corruption, prises illégales d'intérêts, atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité dans les marchés publics, soustraction et détournement de biens).[1]

146. (1) V. contre cette distinction, Niboyet, I, n. 384, p. 476 ; Louis-Lucas, *La nationalité française*, p. 271.

147. (1) V. sur l'atteinte à la sûreté de l'État, à l'époque où la déchéance était judiciaire Trib. Saint-Étienne 26 juill. 1932, R. 1932.699 ; Douai 7 déc. 1932 sous Civ. 7 mars 1933, S. 1933.1.152, R. 1934.100 ; Civ. 21 déc. 1936, R. 1937.646, D.H. 1937.51. Le Conseil d'État a jugé régulier le décret de déchéance pris sur une condamnation frappée de pourvoi

2° « S'il est condamné pour s'être soustrait aux obligations résultant pour lui du Code du *service national* » (art. 98-3°).

3° « S'il a été condamné en France ou à l'étranger pour un acte qualifié crime par la loi française et ayant entraîné une condamnation à une peine d'au moins *cinq années d'emprisonnement* » (art. 98-5°).

4° « S'il s'est livré au profit d'un État étranger à des actes *incompatibles avec la qualité de Français* et préjudiciables aux intérêts de la France » (art. 98-4°).

Ces règles présentent par rapport à celles de 1927 la différence sensible d'exiger, dans les trois premiers cas, une condamnation, ce qui prévient l'arbitraire. Le dernier cas lui-même est quelque peu précisé par l'adjonction que les actes incriminés doivent avoir été préjudiciables aux intérêts de la France[2].

148. Procédure de la déchéance. – La déchéance est prononcée, *dans les dix ans des faits incriminés* (art. 99, al. 2, 25-1 c. civ.)[1], par un décret pris après avis conforme du Conseil d'État (art. 98, 25 c. civ.). L'intéressé est préalablement entendu ou appelé à produire ses observations (art. 112-1 , 27-3 c. civ.).

Le décret de déchéance doit aujourd'hui être motivé[2]. Il est publié et produit ses effets dans les mêmes conditions que les décrets constatant la perte de la nationalité française (art. 111, 27-1 c. civ.).

---

en cassation (23 mars 1945. S. 1945.3.44), mais sous le régime de 1938 qui admettait la déchéance pour toute atteinte à l'« ordre public ».

147. (2) V. Colmar 8 juin 1937, R. 1938.445. Il importe de souligner que le Code de 1945 a effacé l'innovation la plus fâcheuse du décret de 1938, celle qui sanctionnait de la déchéance tout acte « contraire à l'ordre public » et l'atteinte au « fonctionnement des institutions » françaises. L'ampleur et l'élasticité de ces formules équivalaient à laisser toute latitude à l'administration et rendaient passablement inutiles les autres cas. Le Code de 1945 a aussi manifesté son libéralisme en portant de un an à cinq, et pour crime seulement, la durée d'emprisonnement justifiant la déchéance depuis 1938.

La différence entre les trois premiers cas et le quatrième apparaît en cas *d'amnistie*. Celle-ci prive normalement de sa base légale le décret de déchéance fondé sur une condamnation (art. 98-1°, 2°, 3° et 5°), mais il a été jugé qu'elle était sans influence sur un décret de déchéance pris par application de l'article 98-4°, car ce décret était fondé sur les actes commis par l'intéressé, que l'amnistie ne pouvait effacer (Cons. d'État 9 mars 1955, R. 1956.635, note Levasseur). Sur l'effet d'une mesure d'amnistie étrangère dans le cas de l'art. 98-5°, v. Lagarde, *op. cit.*, n. 235; sur l'effet des mesures d'atténuation et des modalités d'exécution de la peine, ainsi que sur la réhabilitation, v. Aymond, *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 502-G, n. 148.

148. (1) On a déjà vu que les faits incriminés doivent eux-mêmes être survenus dans les dix ans de l'acquisition de la nationalité française (n. 146). La loi de 1927 n'autorisait l'action en déchéance que dans les dix ans suivant l'acquisition de la nationalité française. Le décret de 1938 fit courir le délai des faits incriminés s'ils étaient postérieurs à cette acquisition, et admit qu'on tînt compte des faits antérieurs. V. déjà à ce sujet Colmar 8 juin 1937, J. 1938.87. Il s'est appliqué aux acquisitions antérieures à 1938, sous certaines réserves. Le caractère répressif de l'institution a conduit à proposer d'appliquer immédiatement la loi nouvelle dans celles de ses dispositions qui sont moins rigoureuses que les précédentes (Aymond, *Rép Dalloz dr. civ.*, 1re éd., *v° Nationalité*, n. 647). Sur les mesures prises en 1940 et annulées en 1944, v. Maury, J.C.P. 1940.165.

(2) Le Conseil d'État (9 mars 1955, R. 1956.635, note Levasseur) avait admis que le décret de déchéance ne soit pas motivé. Cette solution est aujourd'hui contraire à l'exigence de motivation édictée par la L. 11 juill. 1979 pour les actes administratifs. V. Circ. 28 sept.

Cette procédure administrative a été substituée par le décret de 1938 à la procédure judiciaire instituée en 1927. L'avis conforme du Conseil d'État, après défense de l'intéressé, constitue la garantie la plus sérieuse, mais la réforme n'en exprime pas moins le caractère de la législation nouvelle[3].

149. Effets de la déchéance. – La déchéance a lieu pour l'avenir[1]. La loi du 9 janvier 1973, en abrogeant l'article 100, C. nat., a supprimé la possibilité d'étendre la déchéance à la femme et aux enfants mineurs de l'intéressé. Il faut reconnaître que cette extension, quelles que fussent les précautions qui avaient été prises en 1945 pour éviter l'apatridie[2], était sérieusement critiquable pour une mesure de caractère proprement répressif.

1987. En ce sens Cons. d'État, 23 mai 1986, *Rec.* 148, R. 1987. Som. 806, D. 1987. Som. 225, obs. Waquet et Julien-Laferrière.

148. (3) Sur les limites apportées au nom de la constitution par la Cour suprême des États-Unis v. Blumenwitz, *Das Staatsangehörigkeitsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, Sammlung geltender Staatsangehörigkeitsgesetze*, t. 7, 2e éd., 1975, pp. 112 et s., et le c. r. par P. Lagarde, R. 1976.835.

149. (1) Le texte de 1927 renvoyait à la procédure instituée par la loi du 18 juin 1917 (*supra*, n. 145, note 1) qui prévoyait la rétroactivité possible du jugement de déchéance à la déclaration de guerre: le silence du décret de 1938 sur ce point a éliminé les difficultés que soulevaient ce renvoi et la rétroactivité; l'art. 111, 27-1 c. civ., (réd. L. 9 janv. 1973; v. auparavant les art. 123 et 117) est également formel.

(2) L'extension à la femme et aux enfants était subordonnée à la condition qu'ils fussent d'origine étrangère et aient conservé une nationalité étrangère. Mais peu importait d'ailleurs que la femme et les enfants fussent devenus français à un autre titre que le déchu lui-même. Ainsi en avait décidé le Conseil d'État (23 déc. 1942, G.P. 1943.1.131) sous le régime de la loi du 22 juill. 1940 (annulée par l'Ord. 24 mai 1944).

CHAPITRE IV

PREUVE ET CONTENTIEUX DE LA NATIONALITÉ

150. Généralités. – La loi de 1927, comme les textes antérieurs, laissait en dehors de ses dispositions les questions de la preuve et du contentieux de la nationalité. Leur importance a amené la jurisprudence et la pratique à élaborer un ensemble de solutions qui ont été consacrées pour la plupart par le Code de 1945, lequel les a cependant précisées, sur certains points modifiées, et a introduit quelques innovations importantes. Bien que la question de preuve se pose fréquemment en justice, elle mérite d'être étudiée préalablement, car elle surgit plus souvent encore en dehors de toute instance.

SECTION I. – *Preuve de la nationalité.*

151. Charge de la preuve. – Aux termes de l'article 138, C. nat., devenu 30 c. civ. (réd. L. 9 janv. 1973): «La charge de la preuve, en matière de nationalité française, incombe à celui dont la nationalité est en cause.» Cette nouvelle rédaction a le mérite de la précision et devrait mettre fin aux controverses suscitées par le texte antérieur(1).

La règle applique la maxime *actori incumbit probatio,* conformément à la jurisprudence antérieure, quand c'est l'intéressé lui-même qui prétend être ou n'être pas français. Ainsi celui qui réclame son inscription sur la

---

151. (1) Selon le texte ancien, la charge de la preuve incombait à «celui qui, par voie d'action ou par voie d'exception, [prétendait] avoir ou non la qualité de Français». On pouvait interpréter ce texte dans le même sens que le texte nouveau (v. les premières éditions de cet ouvrage). Mais on pouvait aussi considérer qu'il réglait seulement l'hypothèse où la contestation de nationalité était soulevée par celui dont la nationalité était en cause, l'autre hypothèse restant soumise au droit commun (v. Boulbès, *Dr. fr. de la nationalité*, n. 1160 et s.; Lagarde, *Rép. Dalloz dr. int.*, *v° Nationalité*, n. 767). Pour une critique de la notion de charge de la preuve en matière de nationalité. v. P. Mayer, n. 932 et la réponse, R. 1992.68.

liste électorale doit prouver qu'il est français[2]. Ainsi encore, celui qui se prétend étranger, par exemple pour exciper (n. 671) de l'incompétence des tribunaux français ou pour obtenir l'application d'une loi étrangère, doit faire la preuve de son extranéité[3].

Au contraire l'article 138 (30 c. civ) écarte le droit commun de la charge de la preuve, et cette fois contrairement à la jurisprudence antérieure à 1945, lorsque c'est une autre personne qui prétend un individu français ou non français. Alors que le droit commun ferait peser la charge de cette preuve sur cette autre personne, l'article 138 du Code de la nationalité décide à l'inverse que c'est l'individu dont la nationalité est en cause qui devra prouver sa nationalité française ou son extranéité. Ainsi, lorsque la nationalité de l'inculpé constitue un des éléments de l'infraction, par exemple la nationalité française dans les poursuites pour désertion, la nationalité étrangère en cas d'infraction à arrêté d'expulsion[4], ce n'est plus le ministère public qui devra la prouver, mais l'inculpé lui-même[5]. De même, ce sera au bailleur dont la nationalité est contestée par son locataire de prouver qu'il est francais et peut en conséquence exercer le droit de reprise[6].

Même solution pour la personne qui veut se faire établir un passeport[7]. D'ailleurs, lorsque la contestation est sérieuse, elle débouche souvent sur une action abstraite de nationalité, déclaratoire ou négatoire, opposant l'intéressé et le ministère public (n. 157). La règle faisant peser sur l'intéressé la charge de la preuve évite de faire varier l'attribution de celle-ci en fonction de la position procédurale des parties, qui est peu significative[8]. La justification de cette dérogation au droit commun de la preuve, à première vue surprenante, se trouve dans le fait que c'est à celui dont la nationalité est en cause qu'il sera le plus facile, en cas de contestation, de fournir tous les éléments permettant d'établir sa nationalité. Il

---

151. (2) Req. 26 avril 1875, S. 75.1.375 ; Civ. 14 et 19 mars 1877, 25 et 30 avril 1877, S. 77.1.379. V. de même pour la demande en mainlevée de séquestre, Douai 15 févr. 1922, *Rec. Douai*, 1922.98.

(3) Req. 21 juill. 1851, S. 51.1.685; Req. 24 mars 1886, S. 89.1.251; Req. 19 avril 1918, R. 1919.484, G.P. 1918-19.400.

(4) V. Crim. 28 mai 1903. J. 1904.689 et les références aux autres arrêts cités en grande majorité en ce sens par Maury, *op. cit.*, n. 585; *adde* Rouen, 22 févr. 1884, G.P. 84.1.440.

(5) Il faut néanmoins remarquer que, dans le litige opposant l'État à celui dont la nationalité est en cause, le privilège d'action d'office de l'administration oblige l'individu qui s'estime lésé à se porter demandeur en vue de faire établir sa nationalité française ou son extranéité, ce qui a pour effet de mettre dans tous les cas cette preuve à sa charge. v. Boulbès, *Dr. fr. de la nationalité*, n. 1160; Aymond, J.C.P. 1963.II.13020; Lagarde, *Rép. Dalloz de dr. int.*, n. 768; comp. Starck, *Preuve de la nationalité française et autorité de la chose jugée*, R. 1949.435; cf. la circulaire du 30 octobre 1945 aux procureurs généraux : « Lorsque la qualité de Français ou d'étranger est un élément constitutif d'une infraction pénale, le ministère public doit certainement en apporter une preuve *suffisante* pour permettre la poursuite. » Le qualificatif souligné implique bien que cette preuve n'a pas à être complète.

(6) Comp. Paris 31 janv. 1964, R. 1965.305.

(7) Cons. d'État 17 janv. 1990, G.P. 1990.2 Som. 557. Lorsque celui dont la nationalité est en cause est décédé, il faut en revenir au droit commun de la preuve, v. T61 Draguignan 2 nov. 1982, cité par Lagarde, *La nationalité française*, n. 334.

(8) Civ. 9 oct. 1991, R. 1992.61; note Lagarde.

lui suffira d'ailleurs, pour renverser à nouveau la charge de la preuve, de produire un certificat de nationalité. L'article 138, al. 2, dispose en effet : « toutefois cette charge incombe à celui qui conteste la qualité de Français à un individu titulaire d'un certificat de nationalité délivré conformément aux articles 149 et s. (31 et s. c. civ.) ». Or le système antérieur admettait déjà que l'intéressé n'avait à prouver sa nationalité française, pour l'inscription sur la liste électorale, que s'il y avait contestation[9] ; et le ministère public ne se préoccupait guère de preuve quand la nationalité de l'inculpé n'était pas contestée. L'article 138, al. 2, précise en somme par une présomption dans quels cas la question sera réputée contestée[10] : si l'intéressé est porteur d'un certificat de nationalité, il n'aura pas à prouver sa qualité de Français pour l'inscription sur la liste électorale et le ministère public le poursuivant pour une infraction impliquant l'extranéité devra prouver sa nationalité. La présomption, ici comme ailleurs, vient simplement préciser le jeu des principes. La force probante du certificat est toutefois subordonnée à sa régularité (*infra*, n. 154).

Comme il le spécifie expressément, l'article 138 ne vaut que pour la preuve de la nationalité française, ou de l'extranéité, non pour la preuve d'une nationalité étrangère déterminée, où le droit commun de la charge de la preuve reprend son empire – c'est-à-dire se réfère aux règles sur la matière de la loi étrangère dont la nationalité est en cause (n. 706)[11]. Cette différenciation s'accroît sur l'objet et les modes de preuve, ou il faut examiner successivement la preuve de la nationalité française, puis celle de l'extraénité et de la nationalité étrangère.

152. Objet et modes de la preuve.

A) Preuve de la nationalité française.

La nationalité française étant déterminée par la loi, l'objet de la preuve consiste à établir que l'intéressé se trouve dans un des cas définis par les textes. Mais la simplicité de cette formule ne laisse pas de poser différents problèmes auxquels la jurisprudence, dans le silence de la loi, a dû donner des solutions avant que le Code de 1945 vînt les préciser.

La preuve de la nationalité française n'est en effet préconstituée que quand cette qualité a été acquise en vertu d'un acte volontaire, c'est-à-dire d'une naturalisation ou d'une déclaration. Alors l'intéressé produit l'ampliation du décret de naturalisation, ou l'exemplaire qui lui a

---

151. (9) Civ. 28 avril 1880, S. 81.1.427.

(10) Civ. 29 nov. 1961, R. 1962.283, note Batiffol ; 23 fév. 1977, R. 1978.483, note Lagarde; Crim. 28 avr. 1986, J.C.P. 1986.IV.190; Trib. adm. Orléans 30 oct. 1980, *Rec.* Tables, 725 (annulation d'un arrêté d'expulsion pris contre le titulaire d'un certificat de nationalité); Cons. d'État 31 janv. 1992, 6 P. Som. 3 sept. 1992 (annulation d'un retrait de passeport survenu dans les mêmes conditions).

(11) V. une application dans l'affaire *Godek*, où la validité d'un décret de perte de la nationalité française pris sur le fondement de l'art. 96 dépendait de la preuve de la conservation par l'intéressé de sa nationalité polonaise, Civ. 17 fév. 1982, R. 1983.249, note Batiffol, J. 1983.606 note Kahn.

été retourné de sa déclaration d'option avec mention d'enregistrement[1], ou encore une copie de son acte de naissance[2].

Mais il n'y a pas de preuve préconstituée pour le cas, pourtant fondamental dans le système français, de la nationalité d'origine *jure sanguinis*. L'intéressé doit donc prouver qu'il est né d'un Français; mais si son père était lui-même français *jure sanguinis*, il faut démontrer que le grand-père était déjà français... on se trouve ainsi acculé à une *regressio in infinitum* aussi dénuée de sens que pour la preuve de la propriété de l'auteur: *probatio diabolica*.

Un moyen pratique de sortir de cette impasse consiste à prouver la nationalité d'origine *jure sanguinis par le jus soli*: est français celui qui est né en France d'un parent lui-même né en France (art. 23, C. nat., 19-3 c. civ.). La production des deux actes de naissance, qui mentionnent le lieu de naissance, établira donc la nationalité française *jure soli*. Mais avant 1973 la production de l'acte de naissance du père (avec celui de l'intéressé) suffisait à établir une nationalité française définitive, car la répudiation n'était permise que dans le cas où la mère était née en France (art. 24 ancien, C. nat.); la loi nouvelle admettant la répudiation si l'un des parents n'est pas né en France (*supra*, n. 103) oblige à produire soit l'acte de naissance des deux parents constatant qu'ils sont nés l'un et l'autre en France, soit, si un seul y est né, la preuve, après la majorité, que la faculté de répudiation n'a pas été exercée[3]. On peut aussi observer que si l'intéressé établit la naissance en France d'un de ses ascendants avant 1804 la preuve de sa nationalité française est faite selon le droit de l'époque[4].

152. (1) Ces précisions, données jadis par les art. 141 et 139 du Code de 1945, le sont aujourd'hui par les art. 26, 27 et 41 du D. 10 juill. 1973, Ces textes admettent, conformément à l'opinion antérieure (Maury, *Rép. La Pradelle et Niboyet*, n. 585), la simple production de l'exemplaire du *Journal officiel* ayant publié la naturalisation, ou même (ancien art. 141, C. nat.) du *Bulletin des lois* pour les naturalisations et les options remontant à l'époque où cette publication paraissait. Cf. aussi les registres publics des réintégrations et des réclamations du traité de Versailles, mais v. L. 29 juin 1971, *infra*, note 5. Dans le cas où ces pièces ne peuvent être produites, il peut y être suppléé par une attestation délivrée par le ministre à tout requérant constatant la naturalisation ou l'option.

Il semble bien que cette mesure soit prévue à la fois pour l'intéressé qui ne possède plus son exemplaire et pour les tiers, v. Boulbès, *Dr. fr. de la nationalité*, n. 1193. L'art. 27, D. 10 juill. 1973 précise qu'une telle attestation est la seule preuve qu'une déclaration de répudiation ou de renonciation n'a pas été souscrite. Le rôle attribué à la possession d'état à cet effet par l'art. 27, al. 2, D. 10 juill. 1973, pour les déclarations éventuellement antérieures à 1893 repose sur l'absence d'enregistrement à cette époque. V. pour l'application en la matière du droit commun de la preuve, et notamment de l'art. 1348, C. civ., Aymond, *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 502-H, n. 36 et s.; Trib. Versailles 3 juill. 1957, R. 1958.321, J.C.P. 1958. II.10489, note Aymond. Pour la preuve de l'option dans le régime de la loi de 1927, v. Civ. 4 juill. 1972, J.C.P. 1973.II.17307, note Aymond, J. 1973.403.

(2) Art. 115. C. nat., 28 c. civ. (L. 12 juill. 1978, R. 1978.786, commentaire P. Lagarde), *infra*, n. 154-1.

(3) V. la rép. min., J.O. 14 nov. 1968, Déb. Ass. nat. , p. 4386.

(4) Boulbès, S. 1946.5.222, note 123.

Mais la preuve *jure soli* n'est pas possible si l'une des deux naissances considérées n'a pas eu lieu en France, et on ne sera pas toujours renseigné sur l'ascendant né avant 1804. L'article 143, C. nat. (30-2 c. civ.) décide alors que «lorsque la nationalité française ne peut avoir sa source que dans la filiation, elle est tenue pour établie, sauf la preuve contraire, si l'intéressé et celui de ses père et mère qui a été susceptible de la lui transmettre ont joui d'une façon constante de la possession d'état de Français».

Cette disposition consacre dans son principe la jurisprudence antérieure qui n'avait pu échapper à la nécessité de fonder sur la possession d'état, même si elle ne prononçait pas son nom, la preuve de la nationalité *jure sanguinis*, montrant par là, une fois de plus, la communauté de nature entre la nationalité et l'état des personnes. Mais le Code de 1945, précisant la solution antérieure, l'avait modifiée sensiblement, exigeant la preuve de la possession d'état pendant trois générations, alors que les tribunaux appréciaient précédemment dans chaque cas la valeur de la possession établie, même pendant une seule génération. Il faut probablement voir là un nouvel effet de la tendance au contrôle de l'attribution de la nationalité française; sans doute la règle reposait-elle sur la considération relativement objective que l'assimilation est réputée accomplie à la troisième génération (cf. art. 23 et 24, C. nat., 19-3 et 19-4 c. civ., *supra*, n. 103), mais le système antérieur permettait de réputer français jusqu'à preuve contraire un individu qui *probablement* l'était: le Code de 1945, excluant les simples probabilités, a montré son esprit restrictif. Il n'en est que plus significatif de constater que la loi du 22 décembre 1961, modifiant l'article 143, n'exige plus la preuve de la possession d'état que pour *deux* générations: l'administration a dû constater de trop fréquentes difficultés pour la troisième; cette demi-mesure exprime une transaction entre les deux tendances[5].

152. (5) L'exigence nouvelle a été écartée, et la preuve de la possession d'état pendant une génération déclarée suffisante, pour les territoires d'outre-mer D. 24 févr. 1953, art. 12), pour les Français de statut civil de droit commun nés en Algérie avant l'indépendance (art. 4, Ord, 21 juill. 1962, art. 155 nouveau, C. nat., 32-2 c. civ.) et pour les individus nés en Alsace-Lorraine avant le 11 nov. 1918 ainsi que leurs descendants (L. 22 déc. 1961, art. 7, mod. L. 29 juin 1971, R. 1971.831, commentaire Lagarde; *adde* les rép. min. R. 1976.573 et 1990.587, et *La nationalité française*, n.338). Le rôle de la possession d'état dans l'article 143 (30-2 c. civ.), réservant aussi la preuve contraire, reste celui d'un *moyen de preuve*: bien que l'exigence d'une prolongation pendant trois générations ait évoqué une sorte d'usucapion, la source de la nationalité n'est pas dans cette durée, mais dans la filiation que la durée présume française, alors que l'usucapion est la source même de l'attribution de propriété *contre toute preuve contraire*. Aussi faut-il approuver l'application de l'article 143 aux possessions d'état antérieures à 1945 (Civ. 23 janv. 1961, R. 1962.667, J.C.P. 1961.II.12056, note Aymond), le droit transitoire soumettant légitimement les moyens de preuve, au moins non préconstitués, à la loi en vigueur au jour de l'instance (cf. *infra*, n. 707, note 8). On observera qu'à propos des Israélites algériens la Cour de cassation a eu l'occasion d'énoncer que le *droit commun* de la preuve de la nationalité admettait tous les moyens (Civ. 25 oct. 1949, R. 1951.97, note Y. L., *Rev. jur. et pol. de l'Union fr.*, 1950.100, note Decroux; Civ. 7 mars 1951, *ibid.*, 1951.272; 23 févr. 1977, R. 1978.483, note P. Lagarde, J. 1978.319, chr. Aymond).

Il résulte en tout cas de cette position l'abandon de la solution jurisprudentielle qui *présumait*, jusqu'à preuve contraire, la nationalité française du seul fait de la naissance en France[6]. C'est le sens assurément aussi de l'article 142, C. nat., (30-1 c. civ.), rappelant que la preuve de la nationalité française « ne peut être faite qu'en établissant l'existence de toutes les conditions requises par la loi »[7].

152-1. Fin de non-recevoir à la preuve de la nationalité française. – Aux termes de l'article 144, C. nat. (30-3 c. civ.) (réd. L. 22 déc. 1961): « lorsqu'un individu réside ou a résidé habituellement à l'étranger, où les ascendants dont il tient par filiation la nationalité sont demeurés fixés depuis plus d'un demi-siècle, cet individu ne sera pas admis à faire la preuve qu'il a, par filiation, la nationalité française si lui-même et celui de ses père et mère qui a été susceptible de la lui transmettre n'ont pas eu la possession d'état de Français ». Et alinéa 2 ajoute: « le tribunal devra, dans ce cas, constater la perte de la nationalité française dans les termes de l'article 95 ».

Ce texte qui, dans sa rédaction initiale, avait paru n'être qu'un doublet de l'article 95 (23-6 c. civ.) (n. 132)[1] prévoyant la perte de la nationalité française en cas d'établissement à l'étranger et de perte de la possession d'état de Français pendant trois générations[2], est aujourd'hui considéré, depuis sa modification par la loi de 1961, (deux générations), comme distinct de l'article 95 et établissant une fin de non-recevoir à la preuve de la nationalité française. De fait, les hypothèses visées par les deux textes sont distinctes: l'article 95 envisage un individu qui a été français (ou dont les ascendants l'ont été) et lui permet de prouver qu'il a conservé la possession d'état, et, par là, la qualité de Français. Au contraire, l'article 144 (30-3 c. civ.) envisage un individu qui exerce une action déclaratoire de nationalité française (mais qui peut n'avoir jamais été français), et permet à son adversaire de faire échec à son action en prouvant qu'il n'a pas (ou que ses ascendants n'ont pas eu) la possession d'état de Français[3].

La fin de non-recevoir est limitée par le texte à la preuve de la nationalité française *par filiation*. Mais le texte n'exige pas, surtout depuis la modification de 1961, que l'auteur de l'intéressé ait été lui-même français par filiation[4].

152. (6) Req. 14 juin 1887, J. 88.523; Req. 24 mars 1886, S. 89.1.251.; cf. déjà Req. 26 avril 1875, S. 75.1.375; *adde Seine* 6 nov. 1936, R. 1937.653.

(7) Cet article renvoie au droit commun pour la preuve des faits (tels que naissance, résidence, mariage avant la loi de 1973) d'où se déduit la nationalité française. V. Paris 23 févr. 1978, G.P. 1978. Somm. 384, Comp. Civ. 4 janv 1972, J. 1973.401, chr. Aymond.

152-1. (1) V. encore en ce sens TGI Paris 18 oct. 1985, R. 1987.93, note Lagarde.

(2) En tant que règle de preuve, l'application immédiate de l'art. 144 aux possessions d'état commencées avant 1945 a été plus facilement acceptée que pour l'art. 95, v. Aix 10 déc. 1947, R. 1948.271, note Batiffol, J.C.P. 1948.II.4271, note Aymond; 12 oct. 1953, S. 1954.2.101, note Schuler; TGI Paris 18 oct. 1985, précité, (cf., et sur toute la question de la possession d'état Starck, R. 1949.449).

(3) Sur l'office du juge en la matière, v. Civ. 23 fév. 1977, cité *supra*, n. 152. note 5 *in fine*.

(4) Civ. 7 mai 1963, J.C.P. 1964.II.13465, note Aymond, R. 1964.255, note Batiffol.

La personne à qui a été opposée la fin de non-recevoir peut cependant, depuis la loi de 1993 (art. 58 nouveau, 21-14 c. civ.), réclamer la nationalité française si elle a conservé certains liens avec la France (*supra*, n. 106 et 133).

153. Notion et effets de la possession d'état de Français. – Le Code de la nationalité n'a pas défini la possession d'état de Français, mais il est légitime de se référer au sens ordinaire de cette notion comme l'a d'ailleurs fait la jurisprudence antérieure et comme y invite, dans un cas particulier (n. 106), l'article 16 du décret du 10 juillet 1973. Les tribunaux recherchent si l'intéressé et ses ascendants se sont comportés comme des Francais, ont été qualifiés tels, traités et regardés comme tels. On retiendra donc les *pièces administratives qualifiant l'intéressé de Francais*, telles que les passeports, les certificats d'immatriculation dans un consulat de France, les réponses de la Chancellerie aux questions que les intéressés lui ont posées sur leur cas personnel. Le comportement d'un Français se reconnaîtra à ce qu'il a accompli ses obligations militaires en France, à ce qu'il y a toujours vécu[1]. Il a été traité comme Français s'il a été inscrit sur la liste électorale, a été nommé fonctionnaire[2].

Mais il va de soi qu'*aucun de ces éléments n'est par lui-même décisif*, car il s'agit précisément de savoir si c'est à juste titre que l'intéressé a été traité ou regardé comme Français, même par l'administration, ou s'est conduit comme tel. Le juge n'est donc lié par aucun d'eux[3]. Ces différents facteurs peuvent seulement *contribuer* à établir que l'intéressé s'est comporté et a été traité et regardé comme un Français, et c'est leur ensemble qui compte.

Aux termes près c'est la définition même de la *possession d'état*[4] et si l'idée a été parfois rejetée[5], elle s'impose avec la nécessité des faits.

153. (1) V. sur l'immatriculation consulaire le D. 8 mai 1961; cf. Seine 24 déc 1965 R. 1967.69, J. 1967.364, note Aymond. *Adde* les certificats de nationalité que les juges de paix ont été autorisés à délivrer par la circulaire du 12 oct. 1941 (n. 154). V. pour les obligations militaires françaises, Req. 26 avril 1875, S. 75.1.375; Orléans 13 fév. 1951, R. 1952.277, note Loussouarn: Seine, 24 déc. 1965, pour la vie en France; Bordeaux 17 mai 1848, S. 48.2.552; Seine 19 nov. 1895, *Le Droit* 24 déc. 1895; pour le mariage avec une Française, Seine 19 nov. 1895, préc. *Adde* la rép. min. R. 1972.510.

(2) Pour l'inscription sur la liste des jurés, Cass. 20 déc. 1889, *Le Droit*, 31 déc. 1889; sur la liste électorale, Cass. 28 mars 1889, P.F. 89.1.412; Seine 24 déc. 1965, préc. (note 1): Paris 8 nov. 1977 préc. (n. 106, note 5); pour la nomination comme fonctionnaire, Paris 7 avril 1943. S. 1943.2.57, note Niboyet; Seine 24 déc. 1965, préc. pour la décoration au titre français, Trib. paix Paris 6 mars 1896, G.P 96.1.415.

(3) V. Civ. 15 avril 1926, J, 1928.161; 24 févr. et 5 mars 1959, J. 1959.1086, note Aymond; 5 nov. 1962, J.C.P. 1963.II.13020, note Aymond, R. 1963.263; v. aussi Paris 11 juill. 1957, R. 1958.494; *adde* sur une pièce administrative étrangère. Civ. 9 avril 1937, R. 1937.662; sur l'accomplissement des obligations militaires, Nancy 16 juin 1877, S. 78.2.15; Toulouse 22 mai 1880, S. 80.2.294; Alger 7 mars 1898, *Rec. Alger*, 98.385; sur l'immatriculation dans un consulat, Aix 28 janv. 1920, S. 1922.2.129. J. 1923.99; sur la condamnation à l'indignité nationale, Civ. 6 janv. 1953. S. 1953.1.117, note Schuler; cf. le décret du 24 oct. 1935.

(4) V. Seine 17 juill. 1942, S. 1943.2.57. note Niboyet.

(5) V. Paris 20 juill. 1921, J. 1921.557.

La nationalité ne résulte pas, dans le cas normal du Français d'origine, d'une concession de l'État qui devrait se présenter en un acte formel, mais de la constatation de l'appartenance à une certaine collectivité de fait : comme pour l'état des personnes (et aussi bien d'ailleurs pour les droits réels) l'apparence constante doit jouer.

La loi n'ayant pas attribué avant 1945 de force probante déterminée à la possession d'état en matière de nationalité, comme elle lui en a donné une en matière de mariage ou de filiation, il est légitime que la jurisprudence ne la lui ait reconnue que jusqu'à preuve contraire. Le Code de 1945 tient la nationalité française pour prouvée si la possession d'état de Français est établie pour trois générations, – deux depuis la loi du 22 décembre 1961 – mais il réserve expressément la preuve contraire : il ne s'agit pas d'une usucapion, mais d'un mode de preuve dont la loi détermine la portée(6).

154. Les certificats de nationalité française. – Le Code de la nationalité a finalement prévu un moyen de preuve officiel de la nationalité française. Le besoin en était tel que les maires et les commissaires de police avaient pris initiative de délivrer des certificats de nationalité : les risques d'erreur étaient nombreux. Aussi des circulaires du garde des Sceaux (12 oct. 1941, 13 avril 1942, 6 mars 1943, 10 nov. 1944) avaient-elles autorisé finalement les juges de paix à délivrer ces certificats.

Le Code de 1945 a donné valeur légale à cette pratique ; en vertu de l'article 149 (31 c. civ.), le juge d'instance, seul qualifié dorénavant, doit exiger du requérant la justification de la nationalité française dont il demande la constatation(1) et il a déjà été signalé (*supra*, n. 97, note 5) que ce magistrat pourra désormais « présumer, à défaut d'autres éléments, que les actes d'état civil dressés à l'étranger et qui sont produits devant lui emportent les effets que la loi française y aurait attachés » (art. 150, al.2 nouv., 31-2 c. civ.).

---

153. (6) La possession d'état de Français, même détruite par la preuve contraire, peut néanmoins créer une apparence pour les tiers leur permettant d'invoquer le maxime *Error communis facit jus*. C'est ainsi qu'a été reconnue la validité d'un testament authentique établi devant un témoin étranger, contrairement à l'art. 980, C. civ., dans un cas où le testateur et le notaire avaient été trompés par la possession d'état de Français de ce témoin, Civ. 20 oct. 1970, D. 1971.201, note Dedieu, J.C.P. 1971.II.16657, note R.L., R. 1971.245, maintenant Grenoble 6 déc. 1967, *Journ. des notaires*, 1968, art. 48693, note Viatte, R.1969.53, note P. Lagarde ; Civ. 16 mai 1979, D. 1980.I.R. 140 ; cf. Req. 1er juill. 1874, D.P. 1875.1.157, *Adde infra*, n. 183-1, note 2. Pour l'affirmation du caractère « supplétif » de la possession d'état comme mode de preuve, v. Civ. 5 nov. 1962 préc. (note 3) ; cf. Civ. 13 oct. 1959, J.C.P. 1960.II.11407, note Aymond.

154. (1) V. sur ces certificats l'instruction de le Chancellerie du 20 avril 1959 et la circ. 1er mars 1973. La compétence exclusive du juge d'instance est affirmée, contrairement à la pratique antérieure, à l'encontre de celle des agents diplomatiques et consulaires à l'étranger, qui ne peuvent délivrer que des « attestations de nationalité » sans valeur probante (Instr. 20 avril 1959, n. 11). Sur la nature, législative ou réglementaire, des règles fixant cette compétence, v. Cons. const. 19 mars 1986, R. 1986.297, note Lagarde. Après la réforme de 1993, seuls certains tribunaux d'instance, dont le siège et le ressort seront fixés par décret, seront compétents pour délivrer les certificats de nationalité (art. 149-1 nouveau, 31-2 c. civ.)

La force probante du certificat de nationalité est subordonnée à la mention sur celui-ci de la disposition légale en vertu de laquelle l'intéressé est français et des documents qui ont permis de l'établir(2). Il ne fait foi que jusqu'à preuve contraire (art. 150, 31-2 c. civ.) : utilisable dans la vie administrative et sociale, il peut être contesté devant le tribunal de grande instance, seul juge des questions de nationalité ; mais il donne à son titulaire l'avantage précieux, et justifié, étant donné l'examen préalable du juge d'instance, d'être déchargé du fardeau de la preuve (art. 138, 30 c. civ. ; cf. *supra*, n. 151)(3).

Si, au contraire, le juge d'instance, estimant non concluantes les justifications produites, refuse le certificat sollicité, le requérant peut s'adresser au ministre de la Justice (art. 151, 31-3 c. civ, et non à celui chargé de la Population), qui apprécie, car il s'agit d'un acte administratif, et non juridictionnel(4).

154-1. Modes simplifiés de preuve de la nationalité française. – Le coût relativement élevé et les délais de délivrance des certificats de nationalité française ont conduit les pouvoirs publics à prendre certaines mesures simplificatrices.

Tout d'abord dans les procédures et instructions conduites par les administrations ou établissements publics le certificat de nationalité peut être remplacé par la présentation de la carte nationale d'identité an cours de validité ou de la fiche d'état civil et de nationalité (D. 22 mars 1972), mais ces facilités n'excluent pas, le cas échéant, l'obligation pour l'intéressé de produire d'autres justifications de nationalité(1).

---

154. (2) Le degré de précision que doivent revêtir les certificats de nationalité pour être considérés comme réguliers et revêtus en conséquence de la force probante est encore mal fixé en jurisprudence. Il paraît inéquitable pour l'intéressé, qui ne peut produire que le certificat que lui délivre le juge d'instance, de refuser la force probante à un certificat, même sommairement motivé, dès lors qu'il présente une « apparence formelle de régularité ». V. pour la force probante en ce cas, Paris, 20 févr. 1981, R. 1981.263, note Lagarde ; *contra* TGI Aix, 15 nov. 1979, *ibid.*, La Cour de cassation paraît orientée dans le premier sens, v. Civ. 12 janv. 1982, R. 1982.503, note Lagarde, J. 1983.368, note Laborde ; comp. Civ. 25 mai 1982, R. 1983. Som. 682, admettant la preuve contraire dans un cas de fraude, sans remettre en cause le principe ; 19 juin 1984, cité in *La nationalité française*, n° 335, p. 308, plus restrictif ; 7 févr. 1990, D. 1990.I.R.53, annulant un certificat établi au vu d'un acte de notoriété dressé par un juge d'instance, et non au vu d'un acte régulier de l'état civil. La Cour de cassation a refusé au juge des référés le pouvoir d'ordonner la restitution à l'intéressé d'un certificat de nationalité saisi par la police judiciaire, en un cas de contestation sérieuse, v. Civ. 2ème, 17 nov. 1982, R. 1984.71, note Couchez.

(3) Et cet avantage subsiste même lorsque c'est le titulaire du certificat qui se porte demandeur pour obtenir un titre à l'abri de toute contestation, v. Civ. 23 févr. 1977, R. 1978.483, note P. Lagarde. Si le certificat n'est pas contesté, la cour d'appel n'a pas à s'expliquer sur l'acquisition de la nationalité française, Civ. 29 nov. 1961, J.C.P. 1962.II.12647, note Aymond, R. 1962.283 et la note.

(4) V. Instr. 20 avril 1959, n. 8. Il résulte de ce caractère administratif que l'État, en cas de faute du juge d'instance, ne peut être poursuivi que devant la juridiction administrative (Cons. d'État 25 juill. 1975, R. 1977.47, note Peiser). Mais le tribunal administratif est incompétent pour apprécier la valeur du certificat de nationalité (Trib. adm. Paris 6 avril 1973. G.P. 1975.1. Som.172). Si la nationalité est douteuse, l'administration ne commet aucune faute en refusant de délivrer le certificat à défaut d'une décision de justice (Cons. d'État 25 juill. 1975, préc.). Sur les conséquences de la délivrance erronée d'un certificat de nationalité française, v. Peiser, note préc. ; Civ. 27 juin 1979, R. 1980.59, note P. Lagarde.

154-1. (1) Notamment en matière de pensions, registre du commerce et recrutement des fonctionnaires et agents publics. V. les rép min.. J.C.P. 1973.IV.366 et *J.O. Déb. Ass. nat.*,

Ensuite, la loi du 12 juillet 1978 a tenté d'introduire une preuve de la nationalité française par les actes de l'état civil. Désormais les actes administratifs et les déclarations ayant pour objet l'acquisition, la perte de la nationalité française ou la réintégration dans cette nationalité, ainsi que les décisions juridictionnelles ayant trait à cette nationalité feront l'objet d'une mention en marge de l'acte de naissance (art. 115 nouveau, C. nat., 28 c. civ.)[2]. *Adde* le D. 25 avril 1980.

La portée de cette loi est doublement limitée. Elle ne concerne que les Français d'acquisition, exceptionnellement les Français d'origine. De plus, si cette loi doit permettre d'obtenir plus facilement que par le passé un certificat de nationalité française[3], elle ne dispense pas de sa production lorsque celui-ci demeure exigé.

155. B) Preuve de l'extranéité.

Prouver l'extranéité d'un individu consiste à établir que cet individu n'est pas français, soit qu'il ait perdu la nationalité française, soit qu'il ne l'ait jamais eue. L'intéressé peut avoir exceptionnellement intérêt à apporter lui-même cette preuve, par exemple pour échapper à une poursuite pénale supposant sa qualité de Français (n. 151) ou se soustraire au service national ou encore pour échapper à l'application de la loi personnelle française[1]. Mais le plus souvent, la preuve de l'extranéité sera rapportée par un tiers, généralement le ministère public, qui conteste la qualité de Français d'un individu porteur d'un certificat de nationalité (n. 151) ou prétendant justifier par la possession d'état de sa nationalité française par filiation (n. 152).

L'article 148 nouveau, 30-4 c. civ. (réd. L. 9 janv. 1973) dispose qu'« en dehors des cas de perte ou de déchéance de la nationalité française, la preuve de l'extranéité d'un individu peut seulement être établie en démontrant que l'intéressé ne remplit aucune des conditions exigées par la loi pour avoir la qualité de Français ».

Le Code de 1945 énumérait les modes de preuve de la perte ou de la déchéance de la nationalité française (art. 145 à 147 abrogés L. 1973) et cette énumération a été partiellement reprise par le décret du 10 juillet 1973. La preuve étant toujours (depuis la loi de 1973) préconstituée en droit commun (par opposition aux effets des changements territoriaux et aux cas d'application de la Convention du 6 mai 1963), il suffira de produire un exemplaire de la déclaration ou du décret, à défaut une attestation du ministre chargé de la Population ou, à partir de 1979, une copie de l'acte de naissance (*supra* n. 154-1). Et, dans les cas de perte de plein

12 déc. 1975, p. 9706. Sur la fiche de nationalité, v. l'instruction générale relative à l'état civil, éd. 1975, n. 638 et s. et la circ. 3 janv. 1978, J.O. 12 janv. Le passeport ne vaut pas titre de nationalité, v. la rép. min. R. 1980.647.

154-1. (2) V. déjà Niboyet, I, n. 140, p. 164. Une réforme plus générale a été réalisée en ce sens en Italie (*Ann. de lég. étr.*, 1919, p. 76; cf. art. 23 et 24 L. 5 févr. 1992).

(3) La force probante attachée à ces mentions paraît être la même que celle des attestations ministérielles prévues aux art. 26, 27 et 41 D. 10 juill. 1973. Cf. Ord. 7 janv. 1959, art. 5 et Lagarde, R. 1978.792.

155. (1) Dans le premier cas. le simple preuve de l'extranéité suffira; dans les deux autres, l'intéressé devra prouver, en sus de son extranéité, qu'il possède une nationalité étrangère déterminée.

droit[2], il faudra prouver l'existence des faits ou actes qui ont eu pour conséquence la perte de la nationalité française. Bien entendu, quand la qualité de Français a été établie, c'est à celui qui en allègue la perte à la prouver[3].

En dehors de ces cas, la preuve à rapporter est celle que « l'intéressé ne remplit aucune des conditions exigées par la loi pour avoir la qualité de Français ». Cette preuve générale et négative peut paraître difficile à rapporter, surtout pour les tiers. Elle a pratiquement pour effet d'exclure la simple preuve de la possession d'une nationalité étrangère qui n'implique assurément pas l'inexistence de la nationalité française. La rigueur de la règle ne peut en effet être appréciée que si on la rapproche de celle qui gouverne la charge de la preuve. Lorsque l'intéressé produit un certificat de nationalité, lequel doit énoncer à quel titre la nationalité française est possédée (art. 150, 31-2 c. civ.), il suffira au tiers de prouver que le titre qu'il indique est faux, et ce sera à l'intéressé, conformément à l'article 138, 30 c. civ., d'établir qu'il possède la nationalité française à un autre titre. De même, si l'intéressé a, ainsi que son auteur, la possession d'état de Français et se prétend en conséquence français par filiation, il suffira au tiers de prouver que l'intéressé n'est pas français par filiation et ce sera à ce dernier d'établir, s'il le peut, qu'il est français à un autre titre.

155-1. C) Preuve de la nationalité étrangère.

La preuve de l'extranéité n'établit pas une nationalité étrangère *déterminée*, sauf dans les cas où la perte de la nationalité française est subordonnée à l'acquisition ou à la possession d'une certaine nationalité étrangère[1].

Les deux questions sont en effet distinctes. Alors que la preuve de l'extranéité est toujours une question de droit, qui ne peut être tranchée que par référence à la loi française sur la nationalité, la preuve de la nationalité étrangère, sauf le cas où elle résulte d'un *traité* liant la France, est, selon une formule traditionnelle, une *question de fait* [2]. La formule doit être précisée.

155. (2) Service militaire (avant 1927, v. n. 143, note 2) ou mariage avant 1938, acquisition volontaire d'une nationalité étrangère avant 1973 ou, depuis lors, de la nationalité d'un État partie à la convention de Strasbourg du 6 mai 1963 (*supra*, n. 79).

(3) V. Poitiers, 26 juin 1829, D.P. 30.2.149, S. 30.2.997. Mais la preuve de la non-répudiation (cf. art. 27, D. 10 juill. 1973) sert parfois à prouver la nationalité française (*supra*, n. 152).

155-1. (1) C'était le cas dans l'affaire *Godek*, v. les décisions citées *supra*, n. 142, note 2, al. 2. Cette preuve ne s'impose d'ailleurs aux parties que sous réserve de sa discussion en justice : Req. 2 mai 1930. S. 1931.1.97, J. 1930.995, R. 1930.476.

(2) V. Civ. 25 févr. 1947, R. 1947.444, note Niboyet; 8 janv. 1974, R. 1974.625, note Lagarde D. 1975.160, note Guimezanes, J. 1974.577, note Aymond; 19 févr. 1974, J.C.P. 1974.IV.126; 21 oct. 1975, J.C.P. 1975.IV.365; cf. art. 7 convention du 12 avril 1930. Encore est-il permis de se demander si cette position est très conciliable avec celle qui a été prise sur l'interprétation à l'étranger des lois uniformes (n. 343). Il faut ajouter que la rédaction défectueuse de certains textes a parfois obligé les tribunaux à attribuer une nationalité étrangère sans savoir si la loi intéressée l'admettait. V. *supra* pour l'ancien art. 8-1° C. civ., n. 92, note 1; pour l'ancien article 19, C. civ., n. 124, note 1. Ces erreurs ont été corrigées; elles se retrouvent dans d'autres pays, v. Makarov, *op. cit.*, *supra*, n. 73, note 1.

Le juge français *s'adressera en effet d'abord à la loi de la nationalité invoquée* pour déterminer si les prétentions de l'intéressé sont fondées(3). Il déclarera ainsi apatride celui qui a perdu, d'après la loi allemande, la nationalité allemande, sans en acquérir une autre(4), il ne reconnaîtra pas cette qualité à celui qui déclare abdiquer sa nationalité si la loi intéressée ne donne pas effet à cette déclaration(5). Et s'il est soutenu que la nationalité actuelle a été acquise en raison de la perte d'une nationalité antérieure, par exemple à l'occasion dun mariage, le juge français confrontera les deux lois étrangères pour savoir si la concordance invoquée est réelle(6).

Mais *la seule interprétation d'une loi étrangère* est regardée (n. 335) comme une question de fait, même en matière de nationalité(7). Et il se trouve qu'il n'est pas toujours possible d'entériner la solution qui résulte de la loi étrangère. Si, en effet, cette dernière attribue sa nationalité à un individu qui n'a en fait aucun rapport avec le pays où elle est en vigueur, sa solution ne correspond à aucune réalité et le juge français n'est pas tenu de déférer à des prétentions abusives d'une puissance étrangère(8). Le résultat a été consacré pour l'ordre international par la Cour internationale de justice dans l'arrêt *Nottebohm* du 6 avril 1955 (v. *supra*, n. 72) énonçant qu'un État doit «faire concorder le lien juridique de nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'État»(9).

Le résultat s'impose avec nécessité quand deux lois étrangères se trouvent en *conflit positif*, attribuant leur nationalité à un même individu: force est bien de choisir la prétention qui correspond à la réalité (*supra*, n. 81).

Mais le juge français ne saurait attribuer une nationalité à un individu contrairement à la loi qui l'institue, car ce serait à nouveau se mettre en contradiction avec les faits, et méconnaître en même temps la règle du droit international public qui reconnaît compétence à chaque État pour déterminer ses nationaux(10).

D'autre part, la nationalité étrangère peut ne pas résulter de faits constants prévus par des textes précis, principalement dans le cas du *jus sanguinis*, et il s'agit alors, à un nouveau titre, d'une question de fait. La jurisprudence la résout nécessairement comme la preuve de la nationalité française *jure sanguinis* par la *possession d'état*(11), et la présomption attachée au lieu de naissance de l'intéressé (ou éventuellement de ses parents) ne paraît pas exclue ici à défaut de texte en sens contraire (cf. *supra*, n. 152)(12). La possession d'état. qui peut être constatée par un acte de notoriété(13), l'est souvent par des actes officiels étrangers; on ne peut leur attribuer de plein droit force probante décisive en France, même quand ils l'ont à l'étranger, puisque nous ne sommes pas liés en cette matière même par la loi étrangère et que les jugements étrangers eux-mêmes statuant sur une question de fait n'ont pas

---

En tout cas, il ne faut pas mettre en doute la compétence du juge français à apprécier la nationalité étrangère en cause, v. la note R. 1968.649 et l'art. 124, C. nat. (29 c. civ.).

155-1. (3) Civ. 5 juin 1962, J. 1963.98, note Lehmann, J.C.P. 1962.II 12915, note Aymond, R. 1963.51, note Batiffol; 17 fév. 1982, *Godek*, R. 1983.249 note Batiffol, J. 1983.606, obs. Kahn; 20 avril 1982, *Attouchi*, J.C.P. 1982.II.19803, Concl. Gulphe, R. 1983. Som. 681. V. aussi Req. 29 nov. 1922, J. 1923.548; Req. 18 nov. 1924, J. 1925.142.

(4) Req. 15 mars et 1er août 1922, D.P. 1923.1 97, S. 1922.1.364, J. 1922.399, 1923.894; Civ 5 juin 1962, préc.

(5) Seine 16 juill. 1908, R. 1913.491, concl. Matter.

(6) V. Seine 18 mars 1914, G.P. 1914-15.55; Trib. com. Seine 10 avril 1919, G.P. 1919.2.137; Seine 19 janv. 1920, G.P. 1920.1.171. De même il fera application des *traités* passés entre deux États étrangers à ce sujet (v. Rabat 26 mai 1928. J. 1929.451), comme les célèbres conventions Bancroft conclues en 1868 pour résoudre les conflits de nationalités entre les États-Unis d'une part, la confédération de l'Allemagne du Nord et des États de l'Allemagne du Sud d'autre part (Seine 17 juill. 1917, J. 1918.238, R. 1918.435): les traités ont en effet valeur de loi dans les pays où ils sont en vigueur (cf. n. 331-1). Le problème de savoir si on peut considérer comme subsistante la nationalité d'un État disparu, notamment par voie de conquête, a été résolu affirmativement par la Cour de cassation (Civ. 10 janv. 1951, *de Meden*, R. 1952.682, note Batiffol, J. 1951.168, note Goldman, S. 1951.1.207; mais cf. Tunis 10 mars 1951, R. 1953.119, note Jambu-Merlin, refusant de tenir compte de la nationalité autrichienne entre 1938 et 1945; v. Makarov, *Règles générales*, n. 43); il est lié au problème plus général de la valeur en France de la loi édictée par un gouvernement étranger disparu (v. *infra*, n. 257). Cf. Verhoeven, *Cours de l'Acad. de dr. int.* t. 192 (1985-III), p. 9 et s., spéc. 93 et s.

(7) Req. 19 mars 1918, S. 1918-19.1.83; 10 févr. 1920, G.P. 1920.1.345; 29 nov. 1922. J. 1923.548; 18 nov. 1924, G.P. 1925.1.150; 8 juin 1926, J. 1927.436; Civ. 8 janv. 1974, préc. *supra*, note 2; 21 oct. 1975, J. 1976.413, note Aymond. Sur les décisions du Conseil de contrôle interallié concernant les Israélites privés de la nationalité allemande par le régime nazi, v. *infra, n.* 341, note 3.

(8) V. pour la constitution brésilienne de 1881 écartée comme «anormale» parce que nationalisant tous les résidents, Seine 13 juill. 1915, 1er févr. 1916, R. 1915-1916.67, 217; Pau 28 janv. 1918, R. 1918.443. Cette attitude peut être rapprochée du refus d'appliquer la loi étrangère au nom de l'ordre public (n. 354).

155-1. (9) *Rec.* 1955, p. 23. V., sur l'ensemble du problème, Derruppé, *La nationalité étrangère devant le juge français*, R. 1959.201; Makarov, *Règles générales*, n. 25 et s.

(10) V. Maury, *Rabels Z.*, 1958.522. Cf. cep. la tendance notée par Ancel, R. 1934.705. Selon Russel J. in *Stoeck v. Public Trustee*, 2 Ch. 67 (1921) « there is not and cannot be such an individual as a German national according to English Law». V. Silving, *Am. J. of comp. Law*, 1956.436; Pinto, *Ann. fr. dr. int.*, 1963.369 (aff. *Flegenheimer*). Les tribunaux ont parfois présumé, sans le vérifier autrement, ce qu'on peut critiquer, qu'un naturalisé déchu avait conservé son ancienne nationalité: Req. 21 mars 1933, D.H. 1933.266, J. 1934.361, R. 1934.101, note J.-P. N. On peut plus facilement expliquer le maintien sous séquestre des biens du déchu sans vérification que ce dernier était resté ressortissant d'une puissance ennemie, en raison du but et de l'esprit de cette mesure: Req. 25 oct. 1922, D.P. 1923.1.179, S. 1923.1.69, J. 1923.895; cf. n. 66, 195. En ce sens Lerebours-Pigeonnière. 3e éd., p. 148. V. de même pour l'application de l'ordonnance du 5 oct. 1944 aux biens d'un Allemand naturalisé au Liechtenstein Civ. 24 avril 1958, *Bull. civ.*, 1958.I. n. 209. V. aussi Seine 19 nov. 1920, G.P. 1920.1.171 déniant la nationalité russe à une Roumaine ayant épousé un Russe, malgré l'accord en ce sens des deux lois, parce que le mariage célébré en France sous la forme civile était nul au regard de la loi russe; Montpellier 2 nov. 1949, R. 1950.371, Cf. les textes abrogés du droit français, *supra*, note 2. Le Tribunal fédéral suisse a opposé l'ordre public aux lois raciales nazies de déchéance de nationalité (14 juin 1946, ATF 72.1.407 – mais cf. ATF 74.1.346 en sens contraire par faveur à l'intéressé). Makarov (*Règles générales du droit de la nationalité*, pp. 329 et s.) admet l'exception d'ordre public seulement si la loi étrangère méconnaît une règle de droit international public.

(11) Civ. 13 juill. 1933, S. 1933.1.341, R. 1934.703, note Ancel; v. Politis, note au D.P. 1905.2.73.; v. la formule expresse dans Tunis 14 mai 1954, R. 1955.485.

(12) Civ. 21 avril 1887, G.P. 87.1.650; *adde*, note P. Chauveau, D.P. 1930.2.185.

(13) Cass. 28 déc. 1920, G.P. 1921.1.253.

autorité de plein droit en France[14]. Mais en fait, bien entendu, l'attestation officielle étrangère a normalement le plus grand poids[15].

Quand la nationalité est établie, celui qui prétend qu'elle a été perdue doit naturellement le prouver[16].

SECTION II. – *Contentieux de la nationalité.*

156. Compétence des tribunaux judiciaires. – Le contentieux de la nationalité est déféré aux *tribunaux judiciaires*. Cette règle n'a été consacrée, avant l'article 124, C. nat. (29 c. civ.), que par des textes particuliers et de manière incidente (v. art. 3, L. 10 août 1927; art. 26, L. 31 mars 1928), mais elle s'est imposée sans discussion à une époque où nul ne doutait que la nationalité ne fût un élément de l'état des personnes. En fait elle n'est pas contestée malgré l'évolution de la doctrine: les liens de la matière avec les questions d'état sont trop multiples. L'exposé des motifs du Code de 1945 l'appuie à son tour sur ce que «la nationalité est considérée, dans l'objet auquel le lien d'allégeance s'applique, comme un élément de l'état des personnes».

La *juridiction administrative* a d'ailleurs sa compétence propre dont l'existence, indiscutée, caractérise bien l'aspect de la nationalité qui relève proprement du droit public: la légalité des décrets pris en matière de nationalité, par exemple des décrets de naturalisation. Il y a là en effet l'intervention d'un service public dont la régularité est soumise au

155-1. (14) V. Civ. 9 juin 1908, D.P. 1912.1.457, S. 1911.1.385, qualifiant de «simple argument» la production d'un certificat consulaire déniant une nationalité étrangère.V. de même, sur des attestations consulaires étrangères non suivies par les tribunaux français, Civ. 17 février 1982, *Godek*, préc. (note 3); 29 juin 1983, R. 1984.77, note Lagarde. Sur une mesure de refoulement algérienne, Civ. 20 avril 1982, préc. (note 3). *A fortiori* pouvons-nous écarter un acte administratif ou judiciaire, soit qu'il se borne à appliquer la loi à des faits incontestés, soit qu'il apprécie des faits prétendus constitutifs de possession d'état. V. Tunis 14 mai 1954, R. 1955.485; Seine 7 nov. 1916, R. 1917.95 (cf. cependant Niboyet, I, n. 143).

(15) V. Req. 20 juin 1893, J. 95.318; pour une demande de congé de nationalité, élément de la possession d'état, v. Paris 9 janv. 1915, *Gaz. Trib.*, 17 oct. 1915; pour des certificats consulaires, v. Paris 7 juin 1947, R. 1948.527; TGI Avesnes s. Helpe 21 mars 1975, R. 1975.623, note Lagarde. Par contre, le passeport n'est pas par lui-même suffisant: Trib. Nice 15 avril 1920, G.P. 1920.2.96; Trib. Strasbourg 12 janv. 1921, *Rev. jur. Als. Lorr.*, 1921.183. La carte d'identité d'étranger mentionnant la nationalité le serait encore moins. Comp., pour une attitude réservée à l'égard d'une attestation officielle étrangère, Fournier concl. sous Cons. d'État 4 févr. 1966, R. 1967.689. *Adde*, pour une application, Paris 7 oct. 1967, R. 1968.267, note P. Lagarde. V. sur le pouvoir d'appréciation des juridictions internationales quant aux attestations et aux lois d'un État sur la nationalité d'un individu la décision de la Commission de conciliation italo-américaine dans l'affaire *Flegenheimer* (20 sept. 1958, *Riv. di dir. int.*, 1959.94). Mais sur le principe que le juge doit d'abord consulter la loi étrangère, v. comme le remarque Aymond (J.C.P. 1962.II.12916) les art. 31 et 94, C. nat., 20-3 et 23-5 c. civ. (cf. les art. 38 et 93 anciens).

(16) Paris 16 févr. 1921, *Gaz. Trib.* 28 mars 1921.

contrôle du Conseil d'Etat. En dehors de ce domaine la juridiction administrative est incompétente[1]: si la question de nationalité se pose accessoirement à un litige de sa compétence, elle doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal de grande instance ait prononcé, parce que, dit le Conseil d'État, il s'agit d'une question d'état des personnes[2]. L'article 124, C. (29 c. civ.) nat. a consacré ce principe tout en maintenant même aux tribunaux de grande instance le contentieux de l'enregistrement des options: il s'agit pourtant d'actes administratifs, mais leur lien avec la nationalité d'origine, qui ne concerne pas, en soi, le droit administratif, ou le mariage, explique sans doute la tradition. Ce lien entre la nationalité et l'état des personnes, explique aussi que les tribunaux judiciaires aient été reconnus compétents par le Conseil d'État en 1966 et par le Tribunal des conflits en 1968[3] pour connaître des contestations portant sur la nationalité étrangère d'un individu, solution confirmée expressément par la loi du 9 janvier 1973 (art. 124 C. nat, 29 c. civ.).

Parmi les tribunaux judiciaires c'est «la juridiction civile de droit commun», c'est-à-dire aujourd'hui le tribunal de grande instance, qui doit être saisie (art. 1038, Nouv. code de proc. civ.). Les juridictions d'attribution comme le conseil de prud'hommes, le juge des référés ou le tribunal de commerce ne peuvent donc connaître de la question de nationalité, même quand elle se pose accessoirement à un litige de leur compétence, pourvu qu'elle soit sérieuse, ce qu'ils vérifient eux-mêmes sous le contrôle du juge d'appel ou de cassation[4]. Cet accroc à la règle que le

156. (1) Cons. d'État 15 févr. 1929, *Rec. Lebon*, 1929.189, Trib. adm. Paris 6 avril 1973, cité *supra*, n. 154, note 4 .

(2) Cons. d'État 30 avril 1969, J.C.P. 1969.II.16015, note Aymond, J. 1970.698, note Goldman, R. 1971.63 note P.L., *Adde*, imposant le sursis à statuer à la Commission de recours des réfugiés, Cons. d'État, 24 mars 1981, R. 1982. Som. 735; 23 mai 1984, *Rec.* 190, R. 1985. Som. 691. A moins, naturellement, que la contestation élevée sur la nationalité ne soit pas sérieuse et constitue un pur procédé dilatoire. V. Cons. d'Etat 5 juin 1838, D.P. 39.3.26, S. 39.2.172 (conseil de révision); 8 février 1901, D.P. 1902.3.40, 1903.3.95; 27 juill. 1917, G.P. 1916-17.790; 27 avril 1923, G.P. 1923.2.24. Pour des exemples de contestation non sérieuse : Cons. d'État 15 janv. 1892, D.P. 93.3.61, S. 93.3.142; 8 mars 1907, S. 1909.3.80 (conseils de révision); 1er mars 1968, J.C.P. 1968.II.15621, note Aymond; 19 juin 1992, G.P. 18 mai 1993, Pan. dr. adm. 65. *Adde* les autres décisions citées par Maury, *Rép. La Pradelle et Niboyet*, v° *Théorie du contentieux de la nationalité*, n. 7 et le *J.-Cl. de dr. inst.*, fasc. 502-H, Le D. 28 nov. 1953 sur la réforme du contentieux administratif a maintenu les décrets (mais non les décisions) concernant la nationalité dans la compétence en premier ressort du Conseil d'État. En Allemagne, la juridiction administrative a au contraire compétence générale en matière de nationalité, v. Makarov, *Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts*, p. 357.

(3) Cons. d'État 4 févr. 1966. R. 1967.683, concl. Fournier, note P.L., J. 1966.684, note Aymond; Trib. conflits 24 juin 1968, *Godek*, R. 1968.649, note Batiffol, J, 1969.905, note Goldman; Trib. Briey 19 févr. 1970, J. 1970.719, obs. P.A.; Civ. 17 fév. 1982, R. 1983.249, note Batiffol. Le nouvel art. 124 précise également qu'il ne s'applique qu'à la nationalité des personnes physiques, confirmant ainsi la jurisprudence antérieure du Trib. conflits 23 nov. 1959, cité *infra*, n. 197 et note 10.

(4) R. Boulbès, *L'exception de nationalité française devant les juridictions de droit commun autres que la juridiction civile*, R. 1951.417. *Adde* Cass. 28 mars 1889, G.P. 89.1.676; 24 mars 1891, G.P. 91.1.579; 20 nov. 1894, G.P. 95.1.536; 22 mars 1899,

juge de l'action est juge de l'exception, consacré par l'article 124, al. 2, C. nat., est expliqué par l'idée que la nationalité fait partie de l'état des personnes, qui constitue, comme on sait, une question préjudicielle[5].

Quant aux *juridictions répressives* la jurisprudence s'était fixée sur une distinction peu facile à justifier, admettant la compétence des tribunaux de droit commun, en vertu de la règle que le juge de l'action est juge de l'exception, mais excluant celle des tribunaux d'exception, notamment militaires, parce qu'il s'agit d'état des personnes, question préjudicielle (v. Maury, n. 7). Le Code de la nationalité (art. 126 ancien, 124, al. 2 nouveau), élargissant logiquement la compétence des tribunaux civils, qualifie la question de préjudicielle devant toutes les juridictions répressives statuant sans jury criminel[6]. Il a été allégué à l'appui de cette réserve que «le jury représente la souveraineté du peuple, source de l'allégeance»; mais n'en est-il pas de même des juges professionnels? Admettons qu'on a voulu, pour les raisons habituelles, éviter un alourdissement de la procédure d'assises, précédée d'une instruction suffisamment contrôlée (v. en ce sens la circulaire aux procureurs généraux du 30 oct. 1945); au surplus la question de culpabilité englobant l'ensemble des éléments de l'infraction, il n'est pas toujours possible de discerner dans le verdict la position prise sur la nationalité[7].

La mise en œuvre de l'exception préjudicielle de nationalité française ou d'extranéité est la même devant les juridictions répressives ou non

---

G.P. 99.2.342; Seine 3 janv. 1945, G.P. 24 févr. 1945. V. plus spécialement pour le juge d'instance Civ. (2e sect.), 29 mars 1963, *Bull. civ.* 1963.II, n. 304; pour le juge conciliateur en matière de divorce, Paris 20 juin 1959, R. 1960.173, note Hébraud.; pour le juge des référés, Civ. 25 mai 1982, R. 1983. Som. 687. La Cour de cassation a cependant donné la solution contraire pour le président du tribunal civil statuant en matière de séquestre des biens ennemis: Req. 8 nov. 1921, S. 1922. Somm.1.2; 28 juin 1922, S. 1922.Somm.1.82; cette solution doit sans doute être considérée comme écartée par les termes formels de l'art. 124, al. 2, C. nat. Il existe une tendance des tribunaux à déclarer non sérieuse la contestation sur la nationalité, afin de ne pas suspendre l'instance commencée, v. Paris 31 janv. 1964, R. 1965.305; 7 oct. 1967, R. 1968.267; Trib. pol. Lourdes 27 avril 1967, J.C.P. 1968.II.15497, note Aymond, réformé par Pau 11 déc. 1968, inédit; Com. Séc. soc. Seine-Saint-Denis 4 janv. 1972, R. 1973.663, note Lagarde, J. 1974.611, chr. Aymond.

156. (5) V. Cass. 14 mars 1877, S. 77.1.379; 25 mars 1879, S. 79.1.427; 21 mai 1890, G.P. 90.2.102. V. Solus et Perrot, *Droit judiciaire privé*, II,1973, n. 18.

(6) Les applications sons fréquentes en matière d'expulsion, v. Crim. 11 avril 1970, J. 1970.949, chr. Aymond; 24 juill. 1974, J. 1975.843, chr. Aymond; 4 juill. 1978, R. 1979.828, D. 1979.I.R.104. La question préjudicielle de nationalité peut justifier un sursis à l'exécution de l'arrêté d'expulsion, v. Cons. d'État 1er juil. 1987, G.P., Lettre de j. adm., 1987.2.572.

(7) V. Aymond, *J.-Cl. dr. int., fasc.* 502-H, 1er cahier, n. 38, qui signale l'application de la même règle à la Haute Cour de Justice également au nom de l'idée de plénitude de juridiction. L'exception avait été admise devant la Chambre d'accusation en matière d'extradition, Crim. 19 oct. 1950, R. 1951.471; 3 juin 1959, J.C.P. 1959.II.11242, note Aymond; 29 déc. 1964 (rejet comme non sérieuse), J.C.P. 1965.II.14461, note Aymond, mais le Conseil d'État a condamné la solution au motif que la Chambre d'accusation, exerçant alors une attribution administrative et non juridictionnelle, était tenue de se prononcer elle-même sur la question de nationalité, Cons. d'État 27 juill. 1979, G.P. 1979.2.686, note Julien-Laferrière, R. 1980.547, note critique P. Lagarde. *Contra*, Crim. 2 oct. 1987, D. 1987.I.R. 210, G.P. 1988.I.Som. 85.

répressives de l'ordre judiciaire[8]. Ces juridictions doivent relever d'office leur incompétence (art. 1038, al. 2, Nouv. code de proc. civ.) et, après avoir demandé l'avis du ministère public, renvoyer les parties à se pourvoir devant le tribunal de grande instance compétent (art. 1041 et 1042)[9]. Selon le nouveau code de procédure civile, le tribunal compétent est celui du domicile ou, défaut, de la résidence de la personne dont la nationalité est en cause, à défaut le tribunal de grande instance de Paris (art. 1039). Mais la loi du 22 juillet 1993 a prévu, comme pour les tribunaux d'instance (*supra*, n. 109, note 2 et n. 154, note 1), une spécialisation de certains tribunaux de grande instance «pour connaître des questions sur la nationalité française et étrangère des personnes physiques», dont le siège et le ressort seront fixés par décret (art. 125 nouveau, 29-1 c. civ.).

De ce que le Code de la nationalité désigne ainsi, parmi les tribunaux français, le tribunal de grande instance comme exclusivement compétent, on peut déduire, dans l'ordre international, la compétence exclusive des tribunaux français pour déclarer à titre principal qu'un individu est ou n'est pas français. Et il s'ensuit le refus d'exequatur, pour incompétence, au jugement étranger qui, dans son dispositif, aurait statué à titre principal sur la nationalité française d'un individu[10].

157. Parties à l'instance. – Le litige sur la nationalité peut s'élever entre deux particuliers si son occasion est une question de droit privé, telle que l'établissement d'une filiation[1]. Mais il se déroule entre un particulier et l'État, si sa source est une question de droit public telle que l'incorporation dans l'armée ou l'accès à une fonction publique.

Le Code de la nationalité décide alors que l'État est représenté par le ministère public (art. 129, 29-3 c. civ.). Il tranche heureusement par là une question précédemment controversée[2].

---

156. (8) Le Code de 1945 réglait spécialement la question pour les juridictions répressives (art. 126).

(9) Le délai est d'un mois. Si le demandeur à la question de nationalité n'est pas la personne dont la nationalité est en cause, elle dispose d'un mois pour présenter requête au procureur de la République d'agir contre l'intéressé (art.1042 Nouv. code de proc. civ.). Si la question a été soulevée d'office par le tribunal ou si l'intéressé est muni d'un certificat de nationalité française, c'est au procureur de la République de saisir, dans le même délai, le tribunal de grande instance.

(10) V. Seine 20 janv. 1967, J. 1967.893. Sur le compétence exclusive des tribunaux d'un État pour connaitre des contestations portant à titre principal sur la nationalité de cet État, v. la convention judiciaire franco-malgache du 4 juin 1973 (R. 1975.772), art. 4. Mais l'exequatur pourrait être accordé à un jugement étranger qui, à titre incident, par exemple pour déterminer la loi applicable, aurait constaté la nationalité française ou l'extranéité d'un individu, dès lors que le tribunal étranger était indirectement compétent pour connaître de la question principale à lui soumise (v. *infra*, n. 718). Inversement, «il n'y a pas atteinte au principe suivant lequel chaque État détermine librement ses nationaux lorsque le juge français décide dans un cas concret de la nationalité d'une personne physique par application de sa loi nationale ou d'une loi étrangère » (Civ. 17 fév. 1982, *Godek*, R. 1983.249, note Batiffol.

157. (1) La capacité à agir obéit au droit commun, les textes particuliers aux options (n. 107) ne pouvant être étendus: Rabat 23 nov. 1949, J.C.P. 1949.II 4695, note Aymond, R. 1949.498, note Motulsky.

(2) On tendait à admettre la représentation de l'État par le ministre intéressé, mais certains généralisaient la compétence attribuée au préfet par les lois militaires (v. Maury, *Rép.*

Il tranche aussi la question plus controversée encore de savoir si un particulier peut intenter une action contre le ministère public pour faire statuer sur sa nationalité en l'absence de toute contestation de celle-ci par un service public ou par un autre particulier. On l'avait nié au nom de la maxime «pas d'intérêt, pas d'action», et en alléguant que cette action «abstraite» en reconnaissance de nationalité demande aux tribunaux une consultation alors que leur rôle est de trancher des litiges[3]. Mais il faut observer que l'intérêt à agir en justice peut être simplement moral, et que chacun a un intérêt moral réel à voir fixer en cas de doute s'il est français ou non. Le ministère public a le droit d'agir d'office pour l'application des lois intéressant l'ordre public, et notamment en matière de nationalité[4]: la défense aux actions d'un particulier n'est que le corollaire de cette prérogative; on aboutira non à une simple consultation mais à une décision ayant force de chose jugée[5].

Et comme l'intérêt de voir fixer cette nationalité est permanent, il n'y a pas de prescription en la matière[6]. Les auteurs se sont montrés généralement favorables à cette action et les tribunaux et cours d'appel l'ont à peu près toujours accueillie[7]. Le Code de 1945 en l'admettant (art. 129, 29-3 c. civ.) a consacré une tendance légitime de la doctrine et de la jurisprudence, il a spécifié que le procureur de la République seul, à l'exclusion du préfet ou de tout autre fonctionnaire, était qualifié pour défendre à l'action.

Le Code de la nationalité a consacré aussi (art. 129, al. 2 nouveau, et art. 1040 Nouv. code de proc. civ.), ce qui faisait beaucoup moins difficulté, le droit d'action du ministère public pour établir qu'un individu est français ou ne l'est pas. Le ministère public *devra* même agir s'il en est requis par une administration ou un particulier ayant soulevé l'exception de nationalité devant une juridiction qui a sursis à statuer conformément

La Pradelle et Niboyet, vº *Théorie du contentieux de la nationalité*, n. 15). L'article 129 (132 ancien), C. nat. doit être considéré comme abrogeant la règle antérieure contraire de la loi sur le recrutement de l'armée. Le préfet pouvait d'ailleurs se faire représenter par le ministère public: Civ. 28 déc. 1920, S. 1922.1.30, R. 1922.316.

157. (3) Niboyet, I, n. 123, p. 133.

(4) V. l'art. 129, al. 2 (130 ancien), C. nat., et pour la jurisprudence antérieure Maury, *loc. cit.*, n. 16. Une telle action «abstraite» en déclaration d'une nationalité étrangère déterminée, ou même d'apatridie, ne serait pas recevable: elle ne peut tendre, le cas échéant, qu'à la démonstration que l'intéressé n'est pas français. V. Seine 27 févr. 1959, J. 1960.770, note Aymond. Mais le caractère incident de l'action en déclaration d'une nationalité étrangère doit s'apprécier au fond et non d'un simple point de vue procédural: v. la note Batiffol sous Trib. conflits 24 juin 1968, R. 1968.649.

(5) Il s'agit bien d'une action contentieuse qui doit être jugée à l'audience publique, Civ. 18 déc. 1962, D. 1963.Somm.20; 7 juill. 1964, *Bull. civ.*, 1964.I, n. 371. En organisant un contentieux formel, la loi exclut nécessairement la procédure gracieuse, v. Solus et Perrot *Droit judiciaire privé*, t III, *Procédure de première instance*, 1991, n. 1240.

(6) Paris 28 sept. 1990, R. 1991. Som. 781, déclarant imprescriptible l'action du ministère public en annulation d'un certificat de nationalité.

(7) V. Ancel, R. 1932.432; Maury, *loc. cit.*, n. 17; Plaisant, J.C.P. 1946.I.1516; Chauveau, note au D.P. 1938.2.81; v. cep. *contra* Audinet, J. 1917.1253. V. parmi les derniers arrêts ayant admis l'action avant 1945, Rabat 9 déc. 1939, J.C.P. 1941.II.1724, note Maury; Paris 7 avril 1943. S. 1943.2.57, note Niboyet.

à l'article 124 (art. 131 C. nat., 29-4 c. civ. et 1044 Nouv. C. proc. civ.)[8].

158. Procédure. Jugement. Autorité de la chose jugée. – Les règles de procédure à suivre en matière de nationalité, qui se trouvaient avant la loi de 1973 dans le Code de la nationalité, sont aujourd'hui fixées par le Nouveau code de procédure civile (D. 12 mai 1981, reprenant les dispositions du D. 23 septembre 1974).

La procédure est normalement introduite, conformément au droit commun, par voie d'assignation du ministère public ou de l'intéressé, selon le cas ou par voie de conclusions, si le tribunal est déjà saisi du litige à l'occasion duquel surgit la question de nationalité (art. 1043 Nouv. C. proc. Civ.)[1]. Les exceptions de nationalité et d'extranéité sont d'ordre public (art. 1038 al. 2. Nouv. C. proc. civ.). Il en résulte, comme l'avaient déjà jugé les tribunaux, l'interdiction en la matière de toute transaction[2], acquiescement[3] ou désistement[4], l'obligation de mettre en cause et d'entendre en ses conclusions motivées le ministère public, même lorsque la question est posée à titre incident devant le tribunal de grande instance (art. 129, C. nat., 29-3 c. civ.).

Le caractère d'ordre public de ces questions impose enfin qu'elles soient relevées d'office par le juge (art. 1038, al. 2 Nouv. C. proc. civ.). La Chambre civile a cependant décidé que les juges ayant estimé à bon droit inapplicable le texte en vertu duquel le demandeur prétendait être français «n'avaient pas l'obligation de rechercher d'office si les dispositions d'un autre texte pouvaient éventuellement être invoquées par l'intéressé»[5]. Cette solution, étonnamment restrictive, paraît signifier simplement

157. (8) L'article 131 (29-4 c. civ.) ajoute que le «tiers requérant devra être mis en cause» et l'art. 1040 N.C.P.C. réserve le droit du tiers d'intervenir à l'action, mais l'art. 107 (26-4 c. civ.) limite au ministère public le droit de contester, dans des cas limités (*supra*, n. 109), la validité d'une déclaration enregistrée. Le tiers ne pourrait saisir lui-même le tribunal de grande instance à titre principal de la question de nationalité, en ce sens Trib. Casablanca 1er mars 1948, J.C.P. 1948.II.4412, note Aymond, S. 1951.2.9, note Schuler; Plaisant, J.C.P.1946.I.516, *contra* Jambu-Merlin, *Rev. tun. de droit*, 1953.313 sous Tunis 21 avril 1953, spécifiant que l'action principale appartient au rninistère public seul. Les dépens incombent à la partie privée, soit celle qui a succombé, soit, si la partie perdante est le ministère public, celle dont la nationalité était en cause ou le tiers qui aurait requis le ministère public d'agir (Req. 21 janv. 1925, D.H. 1925.100; Paris 7 avril 1943, S. 1943.2.57, note Niboyet; Lyon 26 juin 1947, S. 1948.2.29, note Aymond; Paris 8 janv. 1949, J.C.P. 1949.II.5026, note Aymond; Trib. civ. Constantine 4 mars 1954, R. 1954.107. note Boulbès). Mais le ministère public perdant paie ses propres frais.

158. (1) A défaut de disposition contraire, la procédure est celle du droit commun, v., pour le ministère obligatoire d'un avocat à la Cour de cassation, Civ. 25 mai 1987, D. 1987.I.R.139.

(2) Req. 3 avril 1935, R. 1936.114.

(3) Paris 22 nov. 1916, *Gaz. Trib.*, 30 déc. 1916.

(4) Civ. 18 avril 1981, *Bull. civ.*, I, n. 117; même d'appel selon Colmar 11 janv. 1961, J.C.P. 1961.II.12079, note Aymond.

(5) Civ. 4 févr. 1964. *Pellicano*, J.C.P. 1965.II.14118, note Aymond, R. 1965.667, note Hébraud. Comp. Civ. 20 avril 1983. D. 1983.I.R.282, imposant au juge de vérifier si un jugement supplétif d'acte de naissance pouvait faire preuve d'une filiation attributive de nationalité française. La question peut cependant être invoquée pour la première fois devant

que le juge n'est pas tenu d'agir d'office sur la base d'un texte autre que celui qui est invoqué devant lui lorsque l'application de cet autre texte l'obligerait à faire appel à des faits qui ne sont pas apparus dans le dossier(6). Il suit en tout cas de cette jurisprudence que le jugement ne peut avoir d'autorité qu'au regard du seul texte invoqué par le demandeur(7).

Reprenant une innovation remarquée du Code de la nationalité (art. 135 ancien), l'article 1043, Nouv. C. proc. civ. impose, sous peine d'irrecevabilité, *le dépôt au ministère de la Justice d'une copie de l'assignation* ou, le cas échéant, des conclusions soulevant la contestation sur la nationalité(8). Cette disposition a permis à la Chancellerie de constituer une documentation complète du contentieux de la nationalité; elle lui permet aussi de faire connaître au ministère public sa manière de voir; celle-ci sera précieuse en raison des documents dont le service dispose(9) et de la connaissance approfondie par ce service des textes, des précédents jurisprudentiels et des besoins révélés par l'examen des situations individuelles qui lui sont soumises en dehors de tout litige.

Cette innovation modifie sensiblement les données du problème de la *relativité de la chose jugée*. Cette relativité prêtait autant à critique en matière de nationalité que pour l'état des personnes en général. C'est pourquoi, mettant fin aux hésitations de la doctrine et de la jurisprudence(10) et rompant avec les solutions du droit commun, le Code de 1945

---

la Cour de cassation (Civ. 26 mars 1879, S. 79.1.427; Civ. 4 mai 1921, G.P. 1921.2.77). Pour la jonction au fond, v. Seine 16 janv. 1959, D. 1960.67, note Herzog, J. 1960.114, note Ponsard, R. 1959.661, note Loussouarn.

158. (6) V. Civ. 23 févr. 1977, R. 1978.483, note Lagarde, imposant l'application d'office de l'art. 144, C. nat. dans un cas où le ministère public invoquait à tort l'ancien art. 17-4 C. Nap. Rien ne paraît d'autre part interdire au juge qui voudrait appliquer d'office un texte non invoqué de faire usage de l'art. 12 Nouv. C. proc. civ. Sur la possibilité pour le ministère public d'élargir le débat, v. Aymond, *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 502-H, 1er cahier, n. 119.

(7) Civ. 8 janv. 1974, cité *supra*, n. 155-1, note 2; 19 févr. 1975, J. 1976.840, chr. Aymond.

(8) La juridiction civile ne peut statuer sur la nationalité avant l'expiration d'un délai d'un mois après le dépôt, délai ramené à dix jours en matière électorale (délais portés à deux mois et vingt jours à Mayotte, D. 12 mai 1981, art. 53, et à St Pierre et Miquelon, D. 16 déc. 1983, art. 5). Le dépôt peut être remplacé par un envoi recommandé (art. 1043 N.C.P.C.). Depuis une circulaire du 13 déc. 1938, le parquet adresse à la Chancellerie une expédition des décisions rendues. L'omission du dépôt préalable peut être réparée ultérieurement: v. Civ. 11 déc. 1951, R. 1953.83, note Starck, J. 1952.166, note Philonenko, même en cause d'appel si l'évocation est possible, Paris 4 févr. 1965, J.C.P. 1965.II.14265, note Aymond; cf. Rabat 17 déc. 1946, J.C.P. 1947.II.3480. Dans le régime antérieur à la L. 1973, cette règle n'avait reçu d'application que dans le cas de contestation de la nationalité française. V. Civ. 12 juin 1958, J.C.P. 1959.II.10977, note Aymond.

(9) V. les exemples donnés par Boulbès, S. 1946.5.221, d'affaires dans lesquelles les tribunaux ont ignoré des déclarations d'options ou des décisions administratives.

(10) V. en faveur de l'autorité absolue Maury, *Rép. cit.*, v° *Théorie du contentieux de la nationalité*, n. 33; *contra*, Niboyet, I, n. 124, p. 134; Audinet, J. 1917.1254, et les références; *adde* Paris 31 mars 1941, S. 1945.2.1, note Ancel, J.C.P. 1941.II.1724, note Maury. Finalement la Cour de cassation s'est prononcée, après 1945, pour l'autorité absolue dans le régime antérieur: Civ. 24 mai 1949, *Israël*, D. 1949.329, note P. L.-P., S. 1950.1.1, note Boulbès, R. 1949.501, note Motulsky, J.C.P. 1949.II.5162, note Delaume; même sur requête, Civ. 17 nov. 1958, J. 1960.110, note Aymond. Pour l'autorité des jugements répres-

a consacré l'autorité à l'égard de tous des décisions rendues en matière de nationalité. Aux termes de l'article 136, C. nat., 29-5 c. civ. (réd. L. 9 janv. 1973): «Les jugements et arrêts rendus en matière de nationalité française par le juge de droit commun ont effet même à l'égard de ceux qui n'y ont été ni parties, ni représentés. – Tout intéressé est recevable cependant à les attaquer par la tierce opposition à la condition de mettre en cause le procureur de la République»(11).

Cette solution, qui tend maintenant à se généraliser pour les actions d'état (art. 311-10 nouveau, C. civ.), a été rendue praticable en matière de nationalité par la communication de l'assignation à la Chancellerie. Cette formalité limite sérieusement l'éventualité de l'articulation ultérieure par un autre intéressé de moyens ignorés des premiers juges, et fournit ainsi le fameux «contradicteur légitime».

Le lien de l'autorité *erga omnes* de la chose jugée et de l'intervention administrative est tel que cette autorité disparaît quand ladite intervention n'est pas requise, c'est-à-dire devant les juridictions répressives (art. 136, 29-5 c. civ.)(12).

Mais si la chose jugée conformément à la procédure nouvelle s'impose à tous, les motifs, même soutiens nécessaires du dispositif, ne participent à cette autorité qu'en tant qu'ils soutiennent ce dispositif: ainsi la Cour de cassation a pu décider qu'un arrêt déclarant un individu étranger comme descendant d'un auteur étranger ne liait pas le tribunal saisi de la nationalité d'un autre descendant du même auteur(13). Il y a là une limite sérieuse et utile à l'autorité absolue de la chose jugée.

---

sifs antérieurs à 1945, v. Boulbès, R. 1951.417 et s. Le jugement à autorité relative pouvait constituer un élément de la possession d'état (Maury, *loc. cit.*, n. 33); cette solution reste valable dans le régime nouveau.

158. (11) Cette rédaction nouvelle, qui consacre ce qui a été appelé «l'autorité absolue provisoire» de la chose jugée, est reprise de la loi du 3 janv. 1972 sur la filiation (art. 311-10, C. civ.). Avant la L. 9 janv. 1973, la recevabilité de la tierce opposition restait discutée. V., pour la recevabilité, Starck, R. 1949.457; Sur son admission en matière d'état, v. Civ. 28 mars 1962, J.C.P. 1962.II.12883, note R. Savatier. Sur les effets en la matière de la cassation dans l'intérêt de la loi, v. Civ. 6 juill. 1948, D. 1949.25, note P. L.-P.; Starck, R. 1949.457. V. aussi l'examen par ce dernier auteur (*ibid.*, p. 454) de la conciliation entre l'autorité absolue des jugements sur la nationalité et l'autorité relative, à l'époque, des jugements d'état.

(12) Il résultait également de l'art. 136 ancien que l'autorité restait relative quand l'assignation n'avait pas été déposée à la Chancellerie, La solution paraît devoir être maintenue aujourd'hui (v. Aymond, *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 502-H, 1er cahier, n. 111). V. pour les décisions répressives Civ. 6 janv. 1953, S. 1953.1.117, note Schuler, R. 1954.529; cf. Seine 25 mars 1949, S. 1950.2.37, note Boulbès; pour les décisions civiles rendues sans dépôt à la Chancellerie, Montpellier 2 nov. 1949, R. 1950.271. En ce sens Starck, *L'affaire Ghattas et le problème de l'autorité absolue des jugements en matière de nationalité*, R. 1950.299.307. Et v. sur ce que le juge civil n'est pas lié par les constatations de fait du juge répressif en tant qu'elles emportent des conséquences sur la nationalité, Starck, *Rebondissement de l'affaire Ghattas*, R. 1955.669; sur le rejet en matière de nationalité de la règle «Le criminel tient le civil en état», Pau 30 mars 1955, R. 1955.689. On en a déduit (Paris 8 janv. 1949, J.C.P. 1949.II.5026, note Aymond) que l'omission de la formalité suffit à rendre l'appel recevable.

(13) Civ. 24 mai 1949, *Israël*, D. 1949.329, note P. L.-P., S. 1950.1.1, note Boulbès, J.C.P. 1949.II.5162 note Delaume, R. 1949.501, note Motulsky. Cf. les arrêts antérieurs cités

Une disposition nouvelle, introduite par le D. 12 mai 1981 dans le Nouveau code de procédure civile (art. 1045), prévoit le caractère suspensif du pourvoi en cassation et même du délai du pourvoi en cassation contre les arrêts qui statuent en matière de nationalité. On a voulu éviter par là que des situations irréparables (entrée dans la fonction publique, accomplissement des obligations militaires, etc.) ne soient créées par l'exécution de décisions sur la nationalité ultérieurement cassées.

par Starck, R. 1949.458. L'analyse donnée au texte de cette solution est celle de H. Motulsky (note préc.) qui montre remarquablement comment elle s'impose; elle a été adoptée par Civ. 24 févr. 1959, R. 1959.465.

L'art. 136 (29-5 c. civ.) précise que l'autorité absolue ne vaut que pour les jugements rendus en matière de nationalité française. Le jugement décidant qu'un individu a une nationalité étrangère déterminée n'aura donc qu'une autorité relative selon le droit commun; v. déjà Tunis 14 mai 1955, R. 1955.485 note Batiffol, décidant même qu'un jugement de débouté sur une demande de preuve d'une nationalité étrangère par possession d'état ne mettait pas obstacle à une demande nouvelle fondée sur des moyens de preuve nouveaux de cette possession d'état; cf. cep. Motulsky, R. 1949.508. L'autorité absolue ne paraît pas exclure la demande fondée sur une cause nouvelle. V. Lagarde, R. 1974.629; comp. Aymond, J.C.P. 1965.II.14118; Hébraud, *Revue trim. de dr. civil*, 1960.519.

TITRE II

CONDITION DES ÉTRANGERS

159. Le problème de la condition des étrangers. Jouissance des droits et exercice des droits. – L'étranger est regardé en France, aussi bien que dans l'ensemble des États modernes, comme sujet de droits: il peut circuler, contracter, se marier, agir en justice. Mais certains droits lui sont cependant refusés: il n'en a pas la jouissance, il n'est sujet de droits que sous certaines réserves.

Cette question est distincte de celle de l'exercice des droits. C'est une chose en effet de savoir si un étranger a la jouissance d'un droit. C'en est une autre de déterminer selon quelle loi il peut exercer ce droit. La première question relève de dispositions matérielles françaises. La loi française seule en décide parce qu'il s'agit du point de savoir dans quelle mesure l'étranger est regardé comme sujet de droits dans le système juridique français. La question concerne donc directement le droit français, et dépend d'ailleurs des caractères de l'immigration étrangère en France qui, d'évidence, sont propres à notre pays.

La seconde question, celle de l'exercice des droits, relève normalement des règles de conflit de lois. Le droit français possède en effet un système de conflits de lois qui place l'exercice des droits sous l'empire de telle ou telle législation. Ces règles de conflit peuvent rattacher l'exercice du droit considéré à une loi étrangère qui aura compétence pour le réglementer.

Cette distinction traditionnelle, qui souligne le caractère préalable de la question de jouissance des droits par rapport à celle de l'exercice des droits, coïncidait parfaitement, comme on l'a démontré[1], avec la doctrine d'Aubry et Rau, longtemps triomphante en jurisprudence, distinguant les droits civils (refusés aux étrangers) et les droits naturels (dont la jouissance leur est reconnue) à partir de leur nature intrinsèque (n. 174). Il était logique de s'interroger d'abord sur la nature du droit, puis, ayant retenu sa qualification de droit naturel, de rechercher selon quelle loi il

159. (1) V. Olivier Carmet, *Étude de la distinction entre condition des étrangers et conflits de lois*, thèse Paris I, multigr., 1977; Mayer, n. 986 et s.; *adde* Holleaux, Foyer et de La Pradelle, n. 203. V. déjà, sur la critique de la distinction, Wigny, *Essai sur le dr. int. pr. américain*, p. 13; Lepaulle, J. 1936.284, 306.

devait s'exercer. A partir du moment où le critère de distinction des droits civils et des droits naturels ne doit plus être cherché dans la nature du droit, mais dans la lettre de la loi – le droit civil étant désormais celui qui est refusé à l'étranger par un texte exprès (n. 177) –, le rapport d'antériorité tend à s'inverser. C'est parce que la loi française a été reconnue compétente sur tel droit qu'on la consulte pour savoir si elle refuse ou non ce droit à l'étranger. Et on fera de même si c'est une loi étrangère qui a été reconnue compétente(2). Comme on a pu l'écrire, la condition de nationalité pour la jouissance d'un droit serait donc désormais « intégrée dans le présupposé de la règle de fond »(3) et ne devrait plus faire l'objet, au plan de la loi applicable, d'une question distincte de celle de l'exercice du droit.

Ces observations, pour justes qu'elles soient, laissent cependant subsister en fait la distinction entre jouissance et exercice des droits. En effet, les dispositions françaises qui refusent un droit aux étrangers sont toujours applicables immédiatement(4) et on doit s'attendre à ce qu'elles fassent l'objet d'un rattachement spécial. Ainsi, une disposition qui restreindrait les droits des étrangers à conclure ou à renouveler un bail d'habitation sur un immeuble sis en France serait applicable même si le bail en question devait être soumis à une loi étrangère. Le changement de critère du droit civil refusé aux étrangers a surtout pour effet de rompre l'unité du statut civil de l'étranger, qui n'est plus que la résultante de textes épars, sans liens les uns avec les autres (n. 178 et s.).

159-1. Rôle du droit international. – Le droit international public reconnaît aux États la compétence de réglementer la condition des étrangers sur leur territoire, mais cette compétence comporte des limites que l'État national de l'étranger pourra faire respecter en exerçant sa protection diplomatique contre l'État qui les enfreindrait.

Pendant longtemps, le droit international s'est borné à des principes trop vagues pour être réellement efficaces(1). Aujourd'hui, les données

159. (2) V. TGI Paris 22 oct. 1968, R. 1969.445, note M. Simon-Depitre (loi algérienne restrictive en matière de réparation des accidents du travail); Civ. 31 janv. 1990, R. 1990.519, note E. Poisson-Drocourt (loi brésilienne refusant alors l'adoption plénière d'enfants brésiliens par des étrangers).

(3) Mayer, n. 991, citant aussi (n. 992, note 46) les décisions citées à la note précédente.

(4) Cf. Holleaux, Foyer et de La Pradelle, n. 205. Cf. l'art. 34, § 1, de la loi suisse du 18 déc. 1987: « la jouissance des droits civils est régie par le droit suisse » (par opposition à l'exercice des mêmes droits, régi par le droit du domicile (art. 35).

159-1. (1) Ainsi de l'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (elle-même dépourvue de la force obligatoire d'un traité, v. *supra*, n. 72, note 5) proclamant que « chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique ». Sur les données anciennes, v. déjà le *Rép. La Pradelle et Niboyet*, v^is *Étranger*, par S. Basdevant, et *Arbitrage international*, par E. Giraud, et notamment l'arrêt de la Cour permanente de justice internationale, n. 6 du 25 août 1925, et l'avis n. 6 du 10 sept. 1923; Verdross, *Les règles internationales concernant le traitement des étrangers, Cours de l'Acad. de dr. int.*, 1931.III.327; Bindschedler, *La protection de la propriété privée en droit international public*, *ibid.*, 1957.I.174; Petren, *La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu, Cours de l'Acad. de dr. int.*, 1963.II.492; Pecourt Garcia, *La propiedad privada ante el derecho internacional*, 1966; Maury et Lagarde, *Rép. Dalloz de dr. int.*, v° *Étranger*, n. 5 et s.; Holleaux, Foyer et de La Pradelle, n. 163 et s.

positives sont plus nombreuses. La ratification par la France de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme du 4 novembre 1950(2) et de certains de ses protocoles, suivie de l'acceptation du droit de recours individuel devant la commission(3), l'entrée en vigueur à l'égard de la France de la charte sociale européenne(4) et surtout des deux pactes des Nations-Unies du 19 décembre 1966 relatifs respectivement aux droits civils et politiques et aux droits économiques et sociaux(5), devraient, pour peu que les intéressés sachent en user, contribuer à une amélioration sensible de la condition des étrangers(6).

Ces divers textes ne limitent pas la compétence des États de contrôler l'admission des étrangers sur leur territoire(7), mais ils leur imposent certaines obligations envers les étrangers une fois qu'ils y ont été admis. C'est ainsi, par exemple, que l'article 13 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 soumettant à autorisation le mariage en France des étrangers résidents temporaires avait été jugé contraire à la convention européenne des droits de l'homme(8), avant d'être abrogé par la loi du 29 octobre 1981.

Le droit international n'impose pas à l'État hôte d'accorder aux étrangers l'égalité de traitement avec les nationaux(9). La question a été discutée de savoir si cette égalité de traitement constituait en toute hypothèse un maximum pour les étrangers(10) ou si les étrangers n'étaient pas fondés à réclamer parfois un traitement supérieur à celui des nationaux, lorsque celui-ci ne correspond pas à un standard international minimum. Les textes sur les droits de l'homme, applicables sans distinction de nationalité, ont retiré à la discussion une part appréciable de son intérêt. Le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique, à l'intégrité physique, à l'égalité des droits devant les tribunaux, notamment quant au respect des droits de la défense, font en tout cas partie de ce standard minimum.

Les textes précités imposent aussi aux États des obligations en matière d'expulsion. Les expulsions collectives sont interdites(11) et autant le pacte sur les droits

159-1. (2) Décr. 3 mai 1974, R. 1974.557.

(3) Décr. 9 oct. 1981, J. 1982.238.

(4) Décr. 4 oct. 1974.

(5) Décr. 29 janv. 1981, J. 1981.399 et 413, R. 1981.346 (extraits).

(6) Sur l'ensemble, v. *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Paris, 1979 (colloque de la Société française de dr. international, 1978); D. Lochak, *L'étranger et les droits de l'homme, Mél. Charlier*, 1981; Madiot, *Un statut européen de l'étranger dans la jurisprudence de la Cour eur. des droits de l'homme*, in *La condition juridique de l'étranger, hier et aujourd'hui*, Nimègue, 1988, p. 37 et s. *Adde* Bystricky, *Mél. Schnitzer*, 1979, p. 57.

(7) Certains textes précisent même que leurs dispositions s'appliquent aux étrangers résidant « régulièrement » sur un territoire déterminé (v. Pacte sur les droits civils et politiques du 19 déc. 1966, art. 12).

(8) Trib. adm. Paris, 2 févr. 1981, G.P.1982.1.Som.53.

(9) Ce n'est pas un hasard si la convention des Nations Unies du 7 mars 1966 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (R. 1972.140) précise dès son article 1^er qu'elle ne s'applique pas « aux distinctions, exclusions, restrictions ou préférences établies par un État partie à la convention selon qu'il s'agit de ses ressortissants ou de non-ressortissants ». Cf. déjà l'attitude de la Société des Nations au sujet des dommages de guerre, *infra*, n. 182-2, note 1.

(10) C'est la fameuse doctrine Calvo, du nom d'un diplomate argentin qui avait soutenu cette thèse en 1895.

(11) Protocole n. 4 à la conv. europ. des droits de l'homme, du 16 sept. 1963 (décr. 3 mai 1974, R. 1974.566), art. 4.

civils et politiques (art. 13) que le protocole n. 7 à la convention européenne des droits de l'homme[12] subordonnent l'expulsion à une procédure régulière et à une possibilité de recours. Plus concrètement, la Cour européenne des droits de l'homme, suivie par le Conseil d'État, a condamné certaines expulsions portant une atteinte disproportionnée à la vie familiale de l'expulsé (v. *infra*, n. 165-1 et 167-2).

Le droit international général est encore mal fixé en ce qui concerne le respect de la propriété privée des étrangers, notamment en cas de nationalisation et d'expropriation. Si le droit de l'État de procéder à des nationalisations est aujourd'hui indiscuté en son principe[13], les divergences subsistent sur l'indemnisation due à l'étranger dépossédé. A la « formule de Hull », exprimant le point de vue des pays exportateurs de capitaux et revendiquant le droit à une indemnité intégrale, prompte et effective, les États importateurs de capitaux ont opposé des formules beaucoup moins contraignantes, se contentant d'une « indemnisation appropriée, en conformité avec le droit international »[14], ou même sur la base du droit de l'État nationalisant et « en tenant compte de toutes les circonstances que cet État juge essentielles »[15]. La situation internationale des dernières années semble marquée par un retour aux formules traditionnelles. Le document du 11 avril 1990 de la conférence de Bonn sur la coopération économique en Europe[16] prévoit la reconnaissance et la protection pleines et entières de toutes les formes de propriété privée et le droit, en cas de dommage ou de dépossession, à une « indemnité immédiate, adéquate et effective »[17]. Le règlement de ces problèmes d'indemnisation se fait souvent par voie de traités bilatéraux[18].

La convention européenne des droits de l'homme ne fait pas mention du droit de propriété, mais son premier protocole, du 20 mars 1952, énonce que « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens ». La Cour européenne des droits de l'homme s'est réservé de contrôler le caractère raisonnable des atteintes portées au droit de propriété, fût-ce par voie de nationalisation, et de l'indemnité proposée. Cette jurisprudence s'applique indistinctement aux nationaux et aux

159-1. (12) Protocole du 22 nov. 1984, décr. 24 janv. 1989, R. 1989.129.

(13) Les articles 1er de chacun des deux pactes du 19 déc. 1966 reconnaissent le droit de chaque peuple à disposer de ses richesses et ressources naturelles.

(14) V. la Résolution de l'Assemblée générale des Nations-Unies, n. 1803 (XVII) du 14 déc. 1962.

(15) Résolution n. 3281 (XXIX) du 12 déc. 1974, dite « charte des droits et devoirs économiques des États).

(16) Réunie conformément à l'Acte final de la réunion de Vienne de la CSCE (Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe).

(17) V. Seidl-Hohenveldern in *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts*, 2e éd., 1991, I, n. 1169 et s., avec tous les textes dans le t.II; Ipsen, *Völkerrecht*, 3e éd. 1990, § 43 et 46; *adde* Nguyen Quoc Dinh, Daillier et Pellet, *Droit international public*, 4e éd., 1992, n. 445, doutant (p. 657) de l'existence de règle positive de droit international en matière d'indemnisation.

(18) V. Maury et Lagarde, *loc. cit.*, n. 18 et s., et les références, notamment aux accords conclus à ce sujet. L'ordonnance du 2 nov. 1945, art. 2, a expressément réservé le jeu de ces traités. Un projet de convention préparé sous les auspices de la Société des Nations en 1929 n'a pas été signé. V.R. 1930.218 et S. Basdevant, *loc. cit.*, n. 40. Un projet de convention sur la responsabilité des États pour dommages causés aux individus n'a pas non plus abouti (Niboyet, II, n. 588, p. 12). Plus récemment, l'O.C.D.E. a élaboré un projet de convention sur la protection des biens des étrangers. Sur ce projet, v. Van Hecke, *Rev. gén. de dr. intern. public*, 1964, pp. 641-664.

étrangers, mais la Cour a précisé que le respect des principes généraux du droit international ne s'impose ici à l'État que pour les étrangers[19].

159-2. Division. – Il y a lieu de distinguer entre la condition des personnes physiques et celle des personnes morales. S'agissant en effet de déterminer dans quelle mesure une personne étrangère est sujet de droits, on conçoit que la question se pose en des termes très différents pour celles dont la constitution même comme sujet de droits soulève des problèmes juridiques.

On examinera donc dans deux chapitres successifs la condition des personnes physiques puis celle des personnes morales.

159-1. (19) V. notamment les arrêts *James et autres* (21 fév. 1986, série A., n. 98) et *Lithgow et autres* (série A, n. 102), commentés par Sudre, *La protection du droit de propriété par la Cour europ. des dr. de l'homme*, D. 1988.Chr.71.

CHAPITRE Ier

PERSONNES PHYSIQUES

160. Distinction des règles de fond et des règles de police administrative. – La réglementation de la condition de l'étranger a, de tout temps, combiné deux méthodes. La première, plus traditionnelle et qu'on rencontre dans toutes les branches du droit, consiste à édicter des règles générales, applicables à l'ensemble des étrangers ou à telle catégorie d'étrangers préalablement définie. C'est la méthode utilisée pour déterminer les droits reconnus ou refusés aux étrangers. La seconde, plus spécifiquement publiciste, consiste au contraire à faire dépendre dans chaque cas la situation de l'étranger, pris individuellement, d'une appréciation de l'autorité administrative. Lorsque l'article 13 du Code Napoléon disposait que « l'étranger qui aura été admis par le gouvernement à établir son domicile en France y jouira de tous les droits civils tant qu'il continuera d'y résider », il combinait déjà les deux méthodes. Il posait une règle de fond, d'ordre général, en accordant la jouissance des droits civils à la catégorie des étrangers admis à domicile, mais il réservait le pouvoir de l'administration pour déterminer quels étrangers seraient, à titre individuel, admis à domicile.

Pourtant, pendant tout le XIXe siècle, l'attention a été portée presque exclusivement sur les règles de fond applicables aux étrangers et tout particulièrement sur la plus importante d'entre elles, contenue dans l'article 11 du Code civil. L'intérêt ne s'est porté sur les pouvoirs de l'administration que lorsque les mesures de police administrative applicables aux étrangers se sont multipliées, à partir de la première guerre mondiale, au fur et à mesure que les autorités françaises prenaient conscience du phénomène massif de l'immigration et s'efforçaient de le contrôler et de le canaliser.

Aujourd'hui cet ensemble de règles administratives est devenu très complexe. Il régit l'étranger avant même qu'il ne pénètre sur le territoire français, il l'enserre tout au long de son séjour en France et conditionne dans une très large mesure l'étendue des droits dont il aura la jouissance en France. Les règles de fond n'ont certes pas disparu, mais elles suffisent moins que jamais à rendre compte de la condition de l'étranger. C'est que le problème majeur est moins aujourd'hui de définir, par des règles

générales, les droits à reconnaître aux étrangers que de contrôler l'immigration, c'est-à-dire de trier et d'orienter, par des mesures administratives, les étrangers appelés à bénéficier de ces droits sur le territoire français.

Il conviendra d'examiner successivement ces deux aspects de la réglementation de la condition des étrangers avant d'étudier dans leurs traits généraux les correctifs qui leur sont apportés par les traités diplomatiques.

SECTION I. – *Le régime administratif des étrangers.*

161. Origines de la politique française de contrôle de l'immigration. – La France est restée longtemps ouverte aux étrangers. Cette tradition hospitalière remontait par-delà la Révolution à l'ancien régime et était également admise dans d'autres pays comme l'Angleterre et les États-Unis. La fin du XIXe siècle la vit s'ébranler en raison de l'augmentation constante de l'immigration. Le phénomène était dû à l'insuffisance de notre natalité relativement aux ressources du pays comparée au surcroît de population dans des pays voisins(1). Les conséquences en ont été d'abord un problème de main-d'œuvre: les immigrants étaient désirables là où la main-d'œuvre faisait défaut, mais constituaient ailleurs une concurrence dangereuse pour les travailleurs français, et ce d'autant plus qu'ils acceptaient des salaires moindres. Ensuite l'affluence des immigrants a posé le problème politique de leur activité et de leur influence éventuelles, problème qui a pris un caractère plus grave dans les départements où ils ont constitué des fractions importantes de la population(2).

Le problème s'est ensuite compliqué de nouveaux éléments. D'une part, la politique des États totalitaires a provoqué l'émigration d'éléments très dignes d'intérêt moralement, mais plus ou moins désirables politiquement. D'autre part les difficultés politiques et sociales qui ont précédé la guerre de 1939 ont engendré, on l'a vu (n. 87), un mouvement xénophobe imputant assez gratuitement aux étrangers une responsabilité dans ces difficultés. Le résultat a été une aggravation sérieuse des rigueurs de la législation sur l'admission des étrangers, notamment l'instauration par la loi du 10 août 1932 d'un système de quotas de travailleurs étrangers dans les entreprises privées, industrielles et commerciales. Les États-Unis et l'Angleterre ont d'ailleurs connu à la même époque une évolution dans le même sens, la première de ces puissances en raison de l'importance croissante de l'immigration, la seconde surtout par crainte des indésirables. Au lendemain de la seconde guerre mondiale cette politique de méfiance a dû être sérieusement tempérée en raison des circonstances.

La première mesure législative pour contrôler l'entrée des étrangers en France fut (en dehors du droit d'expulsion plus répressif que préventif) le décret du 20 octobre 1888 aujourd'hui abrogé. Inspiré de précédents temporaires, il prescrivit aux étrangers s'établissant en France d'en faire la déclaration à la mairie. Peu après, la loi du 8 août 1893, également abrogée aujourd'hui (v. le décret du 30 oct. 1935), imposa un certificat d'immatriculation délivré par la mairie aux étrangers exerçant en France une profession(3). Ce n'étaient encore là que mesures de simple renseignement.

La guerre de 1914 amena des changements décisifs par l'exigence du *passeport visé* pour entrer en France et de la *carte de séjour* pour y demeurer. Ces mesures ont été complétées par l'obligation pour l'étranger désireux d'exercer certaines professions d'obtenir une *carte professionnelle*, la combinaison de ces deux cartes permettant à l'administration de filtrer l'immigration étrangère et de l'orienter vers les secteurs qui en ont besoin.

Au lendemain de la guerre, le besoin s'est fait sentir d'une législation d'ensemble fixant de manière durable la politique française de l'immigration et la condition de l'étranger. Ce fut l'objet de l'ordonnance n. 45-2658 du 2 novembre 1945 « relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration », qu'il faut rapprocher de celle du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité française, qui en est le complément.

L'ordonnance du 2 novembre 1945, qui demeure formellement la base de la législation française en la matière, cherche à combiner un contrôle administratif assez strict de l'admission des étrangers sur le territoire français et de leur accès au travail avec un certain libéralisme, croissant avec la durée de l'établissement en France, pour les étrangers en situation de séjour régulière en France. La première idée répondait à la préoccupation d'adapter l'immigration aux besoins de l'économie. Pendant les années de croissance économique qui ont suivi la fin de la guerre (les « trente glorieuses »), l'office national d'immigration, qui s'était vu attribuer le monopole des admissions sur le territoire, a été débordé par une immigration parallèle qui a rendu nécessaires de nombreuses mesures de régularisation(4).

---

161. (1) L'accroissement numérique de la population étrangère depuis 1851 (premier recensement ayant visé la nationalité) a été constant. Le recencement de 1861 indiquait 497 000 étrangers, celui de 1872, 741 000 et celui de 1881 1 000 000; v. Tapinos, *L'immigration étrangère en France*, 1975, p. 3. Les travaux du Bureau international du travail ont montré qu'en 1930 (année qui a été la plus favorable à l'immigration), sur 3 874 607 étrangers établis dans 17 pays d'Europe, 2 714 000 se trouvaient en France (70 %). La France était donc le premier pays d'immigration d'Europe. Sur le fait de l'immigration étrangère en France avant la seconde guerre mondiale v. la bibliographie citée par Niboyet, II, n. 623, p. 75, note 3. Pour les chiffres et les tendances postérieurs à la seconde guerre, v. Tapinos, *op. cit.*; v. *infra*, n. 164, note 1, les chiffres les plus récents.

(2) Les étrangers atteignaient, en 1936, 8 % du nombre des Français dans le département de la Seine, 13 % dans le Pas-de-Calais, 15 % dans la Moselle, 22 % dans les Pyrénées-Orientales, 25 % dans les Bouches-du-Rhône, 28 % dans les Alpes-Maritimes (chiffres cités par Maury à son cours 1941-1942, p. 130).

161. (3) Dans un domaine parallèle l'état d'esprit de l'époque se manifeste par le décret du 10 août 1899 limitant la proportion d'étrangers à employer dans les travaux d'exécution des marchés passés au nom de l'État.

(4) V. P. Lagarde, *Rép. Dalloz dr. int.*, vo *Immigration*. Cette pratique des régularisations était en contradiction avec la décision de principe prise en juillet 1974 de suspendre l'immigration des travailleurs étrangers. Le Conseil d'État a toutefois annulé la circ. 26 nov. 1974 prohibant le recours aux régularisations (24 nov. 1978, D. 1979.I.R.92, obs. Delvolvé). La réforme d'octobre 1981 s'est accompagnée d'une nouvelle vague de régularisations, v. la circ. 11 août 1981 (J.O., N.C., 25 sept. 1981) et ses nombreux textes d'accompagnement, qui ont invité les employeurs de main d'œuvre clandestine à délivrer des contrats de travail, moyennant suspension des poursuites pénales, exonération des cotisations sociales impayées, réduction de la redevance due à l'office national d'immigration. Cf. Turpin, R. 1982, p. 28 et s., exprimant des doutes sur la légalité de ces exonérations. La situation de l'emploi a pu être

Ce monopole a retrouvé son sens depuis la suspension de principe de l'immigration décidée par circulaire du 5 juillet 1974. La seconde idée était davantage inspirée par des préoccupations démographiques, qui se sont à nouveau manifestées, après la suspension de l'immigration, par une politique généreuse de regroupement familial (D. 29 avril 1976).

Bien que ces objectifs généraux de la politique française d'immigration soient restés les mêmes depuis l'ordonnance de 1945(5), celle-ci est devenue, depuis la crise économique des années 70 et le développement du chômage, un enjeu électoral symbolique et elle a été régulièrement modifiée, de façon chaotique, chaque fois qu'une élection législative amenait au pouvoir une équipe politique différente de la précédente. Ainsi se sont succédé des périodes de sévérité et d'indulgence, marquées, pour ne retenir que les textes les plus importants, par les lois des 10 janvier 1980(6), 29 oct. 1981(7), 9 septembre 1986(8), 2 août 1989, 10 janv. 1990(9) et 24 août 1993. L'adoption à la quasi unanimité de la loi du 17 juillet 1984(10) relative aux titres uniques de séjour et de travail fait figure d'exception dans ce contexte politique de confrontation.

Ces retouches continuelles avaient rendu l'ordonnance presque illisible. Une nouvelle publication de l'ordonnance modifiée a été faite par le D. n. 91-902 du 6 septembre 1991, mais elle est déjà dépassée par l'évolution législative. Et, sur le fond, la multiplicité de textes récents contradictoires laisse craindre que le point d'équilibre n'ait pas encore été trouvé.

Il faut ajouter depuis la crise économique un souci récurrent des gouvernements successifs de faciliter le retour des étrangers dans leur pays d'origine, soit par des mesures conventionnelles (v. n. 187), soit par des incitations financières qualifiées d'aide au retour, puis à la réinsertion, qui ne semblent pas avoir eu le succès escompté(11).

---

opposée à certaines demandes de régularisation (Cons. d'État, 13 janv. 1984, G.P. 1984.II.Som.390).

161. (5) V. sur ce point Patrick Weil, *La France et ses étrangers, L'aventure d'une politique de l'immigration 1938-1991*, Paris, 1991.

(6) Dite «loi Bonnet»; V. Turpin, R. 1980.41.

(7) V. Turpin, R. 1982.25; N. Guimezanes, D. 1982.Chr.173; M. Simon-Depitre, J. 1983.5; Vincent, J.C.P. 1982.I.3054 (sur le régime de l'expulsion).

(8) Dite «loi Pasqua», v. Turpin, R. 1986.607; N. Guimezanes, J.C.P. 1987.I.3720; Combrexel et Chabanol, G.P. 1987.2. Doctr. 521 et 1988.2. Doctr. 648. Sur l'application de cette loi dans le temps et sur les positions contradictoires du Conseil d'État et de la Cour de cassation, v. la note Guimezanes sous Aix 25 avr. 1991, J.C.P. 1992.II.21803.

(9) Dites «lois Joxe», v. Turpin, R. 1989.617 et 1990.393; N. Guimezanes, J.C.P. 1990.I.3424 et J. 1993.5; D. Lochak, A.J.D.A. 1989.586. Sur le régime des reconduites à la frontière, Lessner et Laussinotte, G.P. 1990.2. Doctr. 598. *Adde* la loi du 6 juillet 1992.

(10) V. M. Simon-Depitre, R. 1984.738 et J. 1985.603. Sur l'ensemble, v. N. Guimezanes, *Le droit des étrangers. L'entrée et le séjour*, 1987; *La circulation et l'activité économique des étrangers dans la communauté européenne. Droit communautaire et droits nationaux*, 1990; *Adde le guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France*, édité par le G.I.S.T.I., 1993.

(11) V. les D. 27 avr. 1984 (R. 1984.538, commentaire Simon-Depitre) et 16 oct. 1987; *adde* la L. 17 juil. 1984, art. 6 et le D. 24 août 1984 mod. D. 17 déc. 1987.

162. Division. – L'étude du régime administratif des étrangers traitera successivement de l'entrée en France, des titres de séjour, de l'activité professionnelle et enfin de l'expulsion qu permet au gouvernement de mettre fin en tout temps au séjour de l'étranger en France.

163. A) Entrée en France. Régime de droit commun. Regroupement familial. – En droit commun, article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (réd. L. 6 juillet 1992) impose à l'étranger voulant entrer en France la possession de trois séries de documents.

1° Il doit d'abord être muni des «documents et visas exigés par les conventions internationales et les règlements en vigueur», c'est-à-dire en principe d'un *passeport* ou d'un titre de voyage en cours de validité délivré par les autorités de son pays et revêtu d'un *visa* français (arr. 10 avril 1984, abrogeant arr. 1er juin 1953, et énumérant quelques exceptions). Cette institution, tombée en désuétude avant 1914, a été reprise pendant la Première Guerre mondiale (décr. 3 août 1914) puis, après quelques atténuations, réorganisée plus rigoureusement(1). Le visa qui peut être discrétionnairement refusé, constitue un premier moyen de contrôle d'après les renseignements recueillis à l'étranger(2). Mais, depuis la Seconde Guerre mondiale, les accords se sont multipliés, qui ont de nouveau supprimé, au

---

163. (1) V. sur l'ensemble du problème, le *J.-Cl. de dr. int.*, fasc. 524 (régime administratif des étrangers), par F. Julien-Laferrière; Borella, *Le passeport, Rev. gén. de dr. int. public*, 1960.301; Aymond, *Rép. Dalloz de dr. int.*, v° *Passeport*. Le refus de l'Administration de délivrer un passeport, et à plus forte raison le retrait de passeport, sur lequel le Conseil d'État n'exerçait naguère qu'un contrôle restreint (Cons. d'État 19 fév. 1975, D. 1975.435, note Pacteau, R. 1976.323, note Peiser), peut constituer une voie de fait portant atteinte à la liberté fondamentale d'aller et de venir, garantie par la Déclaration des droits de l'homme de 1789, la Convention européenne des droits de l'homme (4e protocole add., art. 2, 2°) et par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 12, 2°) et dont les conséquences relèvent de la compétence exclusive des juridictions de l'ordre judiciaire (Trib. confl. 9 juin 1986, D. 1986.493, note Ch. Gavalda, J.C.P. 1987.II.20746, note Pacteau, J. 1987.75, note F. Julien-Laferrière: retrait du passeport à un débiteur du fisc en dehors de poursuites pénales et de mise à exécution de contrainte par corps; Cons. d'État, Ass., 8 avril 1987, J.C.P. 1987.II.20905, note Debène, D. 1987.I.R.111; v. déjà Civ. 28 nov. 1984, *G.P.* 1985.1.200, R. 1985.506, note Peiser, D. 1985.313, note Gavalda; *contra*, mais à la suite d'une condamnation pour fraude fiscale déclarant l'intéressé tenu au besoin par corps, Trib. confl. 12 janv. 1987, D. 1987.I.R.37; Cons. d'État 15 avr. 1988, G.P. 1988.2.som.401: refus de renouvellement à un individu de comportement douteux; Crim. 24 nov. 1986, G.P. 1987.1.321: interdiction de quitter le territoire à une personne inculpée de violation de la réglementation des changes). Sur l'ensemble, v. S. Doumbé-Billé, *La liberté de déplacement des Français à l'étranger*, J.C.P. 1987.I.3305. Sur un contrôle renforcé du *refus d'immatriculation consulaire* à un Français de l'étranger; v. Cons. d'État 26 juil. 1982, J. 1983.795, note F. Julien-Laferrière. Sur la limitation au territoire métropolitain du visa consulaire, v. la rép. min. R. 1976.574.

(2) Sur ce que le refus de visa n'a pas à être motivé, par dérogation à la L. 11 juil. 1979, v. l'art. 16 L. 9 août 1986; cf. déjà Cons. d'État 28 févr. 1986, D. 1987.Som.220, obs. Waquet et Julien-Laferrière, G.P. 1986.2.som.485; *adde* 10 avril 1992, D. 1992.I.R.147; 22 avr. 1992, G.P. 29 déc. 1992, Pan. dr. adm. 181. Le Conseil d'État n'exerce qu'un contrôle restreint, limité à l'absence d'erreur manifeste et de détournement de pouvoir (mêmes arrêts). Sur l'abrogation du visa de court séjour en cas d'exercice non autorisé d'une activité lucrative, v. art. 1er, al. 2, D. 18 mars 1946, mod. D. 1er oct. 1991.

moins dans nos rapports avec les pays voisins et pour les courts séjours, l'exigence du passeport et du visa, se contentant d'une pièce d'identité(3).

2° L'étranger entrant en France doit également être muni, sous réserve des conventions internationales, de « documents... relatifs, d'une part, à l'objet et aux conditions de son séjour et, d'autre part, s'il y a lieu, à ses moyens d'existence et aux garanties de son rapatriement » (art. 5, 2°). La justification de l'objet et des conditions du séjour est une innovation de la loi du 29 octobre 1981, qui a pensé pouvoir ainsi dépister l'immigration clandestine. Cette disposition, source de tracasseries administratives, a été précisée par le décret n° 82-442 du 27 mai 1982 (mod. D. 30 juil. 1987 et 30 août 1991)(4) qui, entre autres documents, exige de l'étranger venant en France pour une visite privée la production d'un « certificat d'hébergement » visé par le maire de la commune(5). L'exigence de garanties de rapatriement date de la loi du 10 janvier 1980 et a été maintenue par celle du 29 octobre 1981. La justification des moyens d'existence remonte à la loi du 9 sept. 1986. V. sur les modalités d'application de ces conditions le décret précité du 27 mai 1982, art. 3.1 et s.

3° Si l'étranger se propose d'exercer une activité professionnelle, il doit encore être muni des documents nécessaires à l'exercice de celle-ci (art. 5, 3°). Cette exigence se trouvait déjà dans le texte de 1945. Si l'étranger vient en France pour exercer une *profession salariée*, il devra présenter un contrat de travail régulièrement visé par l'autorité administrative ou une autorisation de travail en tenant lieu(6) ainsi qu'un certificat

---

163. (3) Cf. accord européen 13 déc. 1957, R. 1960.398. *Adde* les nombreux accords bilatéraux sur la « circulation des personnes » ou sur la suppression des visas de court séjour, recensés par la rép. min. R. 1984.749 et s. Sur les documents prévus par l'art. 5, 1° ord. 2 nov. 1945 mod., v. décr. 30 juin 1946 mod. décr. 26 mai 1982 et 4 déc. 1984 et arr. 10 avril 1984 ; pour les personnes dispensées de visa, décr. n° 82-444 du 27 mai 1982 (R. 1982.596).

(4) Sur la légalité du D. 30 juil. 1987, v. Cons. d'État 24 nov. 1989, G.P. 1990.2.som.393.

(5) Le maire refuse de viser le certificat s'il ressort manifestement de celui-ci ou de la vérification faite (par l'O.M.I. exclusivement) au domicile de son signataire que l'étranger ne peut être hébergé dans des conditions normales, v. Trib. adm. Paris 15 oct. 1984, *G.P.* (1985.1.som.147), ou que les mentions portées sur le certificat sont inexactes (art. 5-3 Ord.2 nov. 1945 ajouté par L. 24 août 1993 et reprenant, dans un sens restrictif, l'art. L. 341-9 c. trav., tel qu'il résultait de la loi 91-1383 du 31 déc. 1991). L'exigence de ce certificat jointe à la mauvaise volonté de certaines municipalités, a suscité des difficultés dans les rapports entre la France et les pays du Maghreb. Les accords conclus le 31 août 1983 avec l'Algérie et la Tunisie, le 10 novembre 1983 avec le Maroc (décr. 18 mai 1984, R. 1984.529) ont, pour les ressortissants de ces trois pays, remplacé le certificat d'hébergement par une attestation d'accueil visée au départ par les autorités du pays d'origine, et ont organisé un contrôle par une carte de débarquement comportant deux volets. Le certificat d'hébergement a toutefois été rétabli, sauf exceptions, pour les Tunisiens (accord 19 déc. 1991, décr. 10 juin 1992, R. 1992.547) et pour les Marocains (éch.l. 25 fév. 1993, R.1993.491). L'accord avec l'Algérie a été sur ce point provisoirement suspendu (éch. l. 10-11 oct. 1986, décr. 30 oct. 1986, R. 1987.151).

(6) Art. L. 341-2, C. trav. Le visa du contrat de travail doit avoir été obtenu avant l'entrée en France (art. R. 341-3, réd. décr. n° 84-1079 du 4 déc. 1984, relatif aux autorisations de travail délivrées aux étrangers, R. 1984.166). Un contrat de travail temporaire ne serait pas suffisant, v. art. 39, L. 3 janv. 1972 sur le travail temporaire (art. L. 341-3 C. trav.). Cf. le commentaire de M. Simon-Depitre, R. 1973.275 spéc. 284. Sur l'interdiction corrélative faite

médical(7). L'administration tient en effet à contrôler l'immigration des travailleurs étrangers dès avant leur introduction en France, laquelle ne peut se faire en principe que par le canal de l'Office national d'immigration devenu office des migrations internationales (D. 7 janv. 1988)(8).

Les conditions prévues aux 2° et 3° ci-dessus ne sont pas imposées aux membres des familles des étrangers autorisés à résider en France ni aux personnes qui, de l'avis d'une commission, peuvent rendre des « services importants » à la France (art. 5-1 ord. 2 nov. 1945, réd. L. 10 janv. 1980 mod. L. 29 oct. 1981 ; *adde* D. 24 juil. 1980).

L'exception concernant le *regroupement familial* est importante et constitue aujourd'hui la source la plus importante de l'immigration légale. Le Conseil d'État, invoquant le préambule de la constitution, a jugé que le droit de mener une vie familiale normale était imposé par les principes généraux du droit(9). Le regroupement familial a été organisé par le décret du 29 avril 1976 (mod. D. 4 déc. 1984), remanié dans un sens restrictif par la loi du 24 août 1993 (art. 29 et s. nouveaux Ord. 2 nov. 1945). C'est désormais seulement après une résidence en France d'au moins deux ans, sous couvert d'un titre de séjour d'une durée de validité d'au moins un an, que l'étranger pourra se faire rejoindre par son conjoint et/ou leurs enfants mineurs de dix-huit ans. Encore faut-il, du moins en principe, que le regroupement soit sollicité en une seule fois pour l'ensemble de ces personnes. Le texte énonce limitativement les motifs pour lesquels le conjoint et/ou les enfants mineurs de 18 ans venant rejoindre son conjoint ou leur père ou mère régulièrement autorisé à résider sur le territoire français pourraient se voir refuser l'entrée et le

---

aux entreprises de travail temporaire de mettre à la disposition de quiconque un travailleur étranger pour un travail à effectuer en France (art. L. 341-3, al. 3, C. trav.), v. C.J.C.E. 12 juil. 1984, *Rec.* 3153 ; v. G et A Lyon-Caen, *Dr. social international et européen*, 7e éd. 1991 n. 269. Sur le caractère normalement anonyme du contrat d'introduction, v. la rép. min. R. 1974.578. Sur son exécution, v. Soc. 17 mars 1976, R. 1977, Som.792 et sur son renouvellement, Soc. 5 avril 1974, R. 1975. Som.722. La L. 17 oct. 1981, modifiant l'art. L. 341-4 C. trav., avait dispensé le *réfugié* de l'autorisation de travail. Cette dispense se retrouve dans la L. 17 juil. 1984 (art. 15, 10 nouveau, ord. 2 nov. 1945, réd. L. 2 août 1989) qui accorde de plein droit au réfugié statutaire la carte de résident.

163. (7) Les conditions sanitaires de l'octroi de la carte seront fixées par arrêté : v. sous le régime antérieur l'arrêté du 21 avril 1959. Sur les responsabilités de l'employeur à cet égard et sur l'action récursoire éventuelle de la Sécurité sociale, v. art. L. 374-1. C. Séc. soc., D. 29 avril 1968, et rép. min. R. 1971.836. *Adde* Soc. 13 nov. 1974, R. 1975. Som.718 ; 2 juin 1976, R. 1977. Som.790, J. 1978.106, chr. Tillhet-Pretnar ; 5 juil. 1977, R. 1978. Som.737 ; 27 avril 1983, D. 1983. Inf. 306, R. 1984. Som.672 ; 19 déc. 1991, G.P. 25 juin 1992, Pan. dr. adm. 146.

(8) Art. L. 341-9 C. trav. (reprenant l'ancien art. 29 ord. 2 nov. 1945) et, sur l'organisation de l'office, art. R. 341-9 et s. *Adde* la rép. min. R. 1976.811. Sur le mécanisme d'introduction en France du travailleur étranger, v. P. Lagarde, *Rép. Dalloz dr. int.*, v° *Immigration* ; M. Simon-Depitre, *J.Cl. dr. int.*, fasc. 572 A, n. 25 et s.

(9) Cons. d'État, 3 déc. 1978, D. 1979.I.R.94, note Delvolvé, *Droit social*, 1979, n° 1, p. 64, annulant le D. 10 nov. 1977 qui avait suspendu l'application du D. 29 avr. 1976. Sur l'effet dans le temps de l'annulation, v. Cons. d'État, 26 nov. 1982, R. 1984.Som.665. Sur l'ensemble, v. P. Kayser, *Le regroupement familial dans le droit communautaire, la convention européenne des droits de l'homme et le droit interne français*, J.C.P.1993.I.3679.

séjour en France : absence de ressources stables, logement inadapté, ordre public, maladie(10). Bien que le Conseil d'État ait naguère jugé que la venue en France de la seconde épouse d'un étranger polygame n'était pas contraire, du seul fait de cette polygamie, à l'ordre public(11), la loi du 24 août 1993 refuse à l'étranger polygame résidant en France avec un premier conjoint le bénéfice du regroupement familial pour un autre conjoint et les enfants de celui-ci (art. 30 nouveau, Ord. 2 nov. 1945)(12).

Le titre de séjour délivré à la personne autorisée à séjourner en France au titre du regroupement familial est de même nature que celui de la personne qu'elle est venue rejoindre. Il lui confère le droit d'exercer l'activité professionnelle de son choix dans le cadre de la réglementation en vigueur (art. 30 bis nouveau ; cf. *infra*, n. 164-2, note 10)(13).

Même si l'étranger est muni des documents requis, l'accès du territoire français peut lui être refusé dans le cas où sa présence constituerait une menace pour l'ordre public(14) ou s'il a fait l'objet d'une mesure d'interdiction du territoire ou d'expulsion. L'intéressé ne pourra cependant être rapatrié contre son gré avant l'expiration d'un délai d'un jour franc.

163. (10) Sur ces conditions, v. la circ. 4 janv. 1985, R. 1985. Sur la légalité du D. 4 déc. 1984, v. Cons. d'État, 26 sept. 1986, D. 1987.Som.192, obs. Llorens, et sur celle de la circ. 4 janv. 1985, Cons. d'État 25 sept. 1987, G.P. 1988.1.Som.126. Sur le cas de l'enfant recueilli, v. Trib. adm. Limoges, 17 déc. 1987, G.P. 1988.1.Som.138. La procédure du regroupement est écartée pour l'enfant dont il n'est pas établi qu'il est à la charge des parents (Cons. d'État 21 oct. 1988, G.P. 1989.1.153, Lettre de jur. adm.), pour un conjoint en instance de divorce (Cons. d'État 29 janv. 1988, G.P. 1988.1.347, Lettre de jur. adm.), ou lorsque l'étranger déjà en France est en situation irrégulière (Cons. d'État 19 sept. 1990, D. 1990.I.R.227) ou n'a qu'un contrat de travail à durée déterminée (Cons. d'État, 28 sept. 1990, D. 1990.I.R.233). Pour l'appréciation de la condition de logement, les vérifications sont faites sur place par l'Office des migrations internationales, qui communique le dossier au maire et recueille son avis. La décision est prise par le préfet (v. déjà Cons. d'État, 23 sept. 1988, G.P. 1988.2.791, Lettre de jur. adm. ; 24 nov. 1989, G.P. 1990.1.Som.276). Sur ce que la visite médicale doit avoir eu lieu dans le pays d'origine, v. Cons. d'État, 12 juin 1987, G.P. 1987.2.531, Lettre de jur. adm.. De toute façon, la venue en France des membres de la famille est subordonnée à une décision favorable *préalable* de l'administration, v. la rép. min. R. 1985.581.

(11) 11 juil. 1980, *Montcho*, R. 1981.658, note Bischoff, J.C.P. 1981.II.19629, concl. Rougevin-Baville ; rappr. Versailles, 14 févr. 1986, G.P. 1986.2.510, note Gerber.

(12) L'art. 30, al. 2 nouveau prévoit le retrait du titre de séjour qui aurait pu avoir été déjà donné à cet autre conjoint, mais seulement pour les titres délivrés après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi (art. 37, L. 24 août 1993).

(13) C'est sans doute pourquoi le législateur de 1993 avait voulu écarter la procédure du regroupement familial pour les membres de la famille séjournant déjà en France sous le couvert d'un titre de séjour portant la mention « étudiant », mais cette disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel (décision du 13 août 1993, J.O. 18 août).

(14) La solution est traditionnelle, v. Cons. d'État 21 nov. 1952, *Marcou, Rec. Lebon*, p. 525. Elle est reprise par la L. 29 oct. 1981 (art. 5 ord. 2 nov. 1945), qui impose que le refus d'entrée fasse l'objet d'une décision écrite et motivée (sur le fonctionnaire compétent, v. les art. 10 et 11 du décr. 27 mai 1982) et que l'intéressé soit mis en mesure d'avertir une personne de son choix. Des restrictions à la libre circulation de l'étranger pourront même lui être imposées s'il « doit, en raison de son attitude ou de ses antécédents, être soumis à une surveillance spéciale (D. 18 mars 1946 mod. D. 26 déc. 1984, art. 2).

S'il est arrivé par la voie maritime ou aérienne, il pourra être maintenu dans la zone d'attente du port ou de l'aéroport pendant le temps strictement nécessaire à son départ (art. 35 *quater* Ord. 2 nov. 1945, réd. L. n. 92-625 du 6 juil. 1992, et, pour la procédure D. 15 déc. 1992). Ce texte, adopté après que le Conseil constitutionnel eut condamné la législation des zones de transit dans les aéroports(15), énonce laborieusement les garanties données à l'étranger. Le maintien en zone d'attente est prononcé par une décision écrite et motivée du chef du service du contrôle aux frontières ou par un inspecteur délégué par lui, pour une période renouvelable de 48 heures. Après ces quatre jours, le maintien en zone d'attente peut être autorisé après audition de l'intéressé par ordonnance du président du tribunal de grande instance ou un juge délégué par lui, pour une nouvelle durée de huit jours renouvelable à titre exceptionnel (soit un maximum de tout de même 20 jours !). L'ordonnance est susceptible d'un appel, non suspensif, devant le premier président de la Cour d'appel. Auparavant, hors la pratique illégale des zones dites internationales d'aéroport, l'étranger à qui était opposé un refus d'entrée pouvait faire l'objet, comme les personnes frappées d'un arrêté de reconduite à la frontière ou d'expulsion, de la rétention administrative prévue à l'art. 35 bis Ord. 2 nov. 1945, dont la durée est plus limitée (*infra*, n. 168).

163-1. Accords de Schengen. – Ces règles de droit commun vont être affectées par l'entrée en vigueur, sans doute prochaine, de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signée elle aussi à Schengen, le 19 juin 1990. Une loi n. 92.190 du 26 février 1992, dont les principales dispositions seront applicables à dater de l'entrée en vigueur de ladite convention, a prévu à cette fin quelques adaptations de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

La suppression des contrôles aux frontières intérieures des États de la Communauté européenne parties à la convention de Schengen, qui est dans la logique de la création d'un marché unique européen, implique, pour les ressortissants des États non membres, un renforcement des contrôles aux frontières extérieures et certaines précautions pour la circulation à l'intérieur de l'espace unifié ainsi créé.

Les conditions de franchissement des frontières extérieures sont harmonisées par la convention. Les documents que devra fournir l'étranger sont énumérés par l'article 5 de celle-ci et correspondent à ceux exigés actuellement par l'article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, à ceci près que le régime des visas pour les séjours de courte durée sera unifié et qu'un visa uniforme pour l'ensemble des Parties contractantes sera mis en place (art. 9 et s.). Les visas pour les séjours de longue durée resteront des visas nationaux délivrés par chaque État contractant selon sa propre législation (art. 18).

Le franchissement des frontières intérieures par les étrangers est en principe libre, mais un État pourra, si l'ordre public ou la sécurité nationale l'exige, rétablir pour un temps limité un contrôle frontalier (art. 2, § 2). De plus, tout étranger entré régulièrement sur le territoire d'un État contractant et pénétrant sur le territoire d'un autre État contractant sera tenu d'en faire la déclaration aux autorités de cet autre État (art. 22, Ord. 2 nov. 1945 et art. 1 à 3, Décr. 8 févr. 1993).

163. (15) Cons. const. 25 fév. 1992, J. 1992.669 et la note D. Lochak. V. aussi sur la Loi du 6 juil. 1992, D. Turpin, *Les petites affiches*, 6 nov. 1992.

163-2. Demandeurs d'asile et réfugiés. – Selon l'article 1er de la convention de Genève du 28 juillet 1951[1], le terme réfugié s'applique à toute personne qui, « craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ».

La convention de 1951, comme celles qui l'ont précédée[2], avait surtout en vue les réfugiés européens issus des deux guerres mondiales et des révolutions communistes, qui se trouvaient déjà sur le territoire des États contractants et dont il fallait régulariser la situation en leur accordant un minimum de droits. Elle n'avait pas pu prévoir que des centaines de milliers de personnes, poussées par des craintes de persécutions ou, de plus en plus, par des préoccupations économiques, continueraient d'affluer dans les pays d'Europe occidentale en y pénétrant le plus souvent irrégulièrement, et demanderaient à bénéficier du droit d'asile en revendiquant la qualité de réfugié.

Le problème posé par ces demandeurs d'asile est celui de leur statut, spécialement entre leur entrée sur le territoire (ou leur présentation à la frontière) et la décision statuant sur leur qualité de réfugié[3]. Ce problème relève de la compétence des États nationaux. La convention de Genève laisse en effet aux États le soin d'organiser la procédure de reconnaissance de la qualité de réfugié (et aussi de celle d'apatride[4]) et donc de fixer le sort du demandeur d'asile tant que ladite qualité ne lui a pas été reconnue. En France c'est l'Office de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA), créé par la loi du 25 juillet 1952 (*adde* le D. 2 mai 1953), qui a reçu compétence pour reconnaître la qualité de réfugié[5], sauf recours devant la commission des recours[6], juridiction administrative placée sous le contrôle de cassation du Conseil d'État[7].

Avant même qu'il ne soit statué sur l'attribution de la qualité de réfugié, le traitement des demandes d'asile varie suivant que la demande est présentée à la frontière lors de l'entrée sur le territoire, ou qu'elle l'est à l'intérieur du territoire au cours d'un séjour en France.

Dans la première situation, le principe du droit d'asile, énoncé par le préambule de la constitution du 27 octobre 1946[8], combiné avec l'article 31, § 1er, de la convention de Genève, s'oppose à ce qu'un refus d'entrée soit opposé au demandeur d'asile du seul fait qu'il n'est pas muni des documents prévus à l'article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945[9]. L'article 31, § 1er de la convention accorde même une immunité pénale, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté étaient menacées, « sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières »[10].

163-2. (1) Décr. 4 oct. 1954, R. 1954.874. Les limitations temporelles et géographiques mentionnées dans la convention de Genève ont été abolies par le protocole de New York du 31 janv. 1967 (décr. 9 avril 1971, R. 1971.356). *Adde* pour les apatrides la convention de New York du 28 septembre 1954 (décr. 4 oct. 1960, R. 1960.640).

(2) Sur l'historique de ces conventions depuis le « passeport Nansen » créé sous les auspices de la Société des Nations jusqu'au Haut-Commissariat pour les réfugiés créé par les Nations-Unies pour succéder à l'O.I.R., v. Maury, *Rép. Dalloz dr. civ.*, 1re éd., v° *Étranger*, n. 150-160; Sarraute et Tager, *Le nouveau statut international des réfugiés*, R. 1953.245; P. Weiss, *Le statut international des réfugiés et apatrides*, J. 1956.5; *Le concept de réfugié en droit international*, J. 1960.929 et sur l'ensemble Sarraute, *Rép. Dalloz dr. int.*, v° *Réfugié*. *Adde* Julien-Laferrière, *Dr. social* 1976.89; Tiberghien, *La protection des réfugiés en France*, 2e éd. 1988 et le c.r., R. 1989.241. Pour la Belgique, v. J.-Y. Carlier, *Droits des réfugiés*, Bruxelles, 1989, et le c.r. R. 1991.273.

(3) V. surtout F. Crépeau, *La condition du demandeur d'asile en droit comparé, Droits français, canadien et québécois*, thèse Paris I, 1990, multigr. *Adde* Norek et Doumic-Doublet, *Le droit d'asile en France*, Que sais-je ? 1989.

(4) Sur la preuve de la qualité d'apatride, v. Lagarde, *Rép. Dalloz de dr. int.*, v° *Apatride*, n. 25-34. Les décisions de l'OFPRA concernant l'attribution de la qualité d'apatride échappent à la commission des recours et doivent être déférées directement aux tribunaux administratifs, v. Cons. d'État, 9 oct. 1981, J. 1982.130, note Julien-Laferrière, D. 1982.98, note Bacquet.

(5) L'attribution de cette qualité a un caractère recognitif, en ce sens que ce n'est pas la délivrance par l'OFPRA du certificat qui confère cette qualité, mais la situation définie par la convention internationale (Crim. 21 sept. 1984, *Garcia Ramirez*, J.C.P. 1985.II.20346, 1re esp., note Jeandidier, G.P. 1984.2.786). En conséquence des tribunaux judiciaires (notamment des tribunaux répressifs, saisis de poursuites pour infraction à la législation sur les étrangers) se sont reconnus compétents pour constater cette qualité même lorsqu'elle avait été refusée par l'OFPRA (Trib. corr. Bobigny, 17 mars 1988, G.P. 1988.2.723, note J.B., D. 1989.Som.136, obs. (critiques) Waquet et Julien-Laferrière; trib. corr. Évry, 15 févr. 1989, G.P. 1991.1.Som.147, obs. Lassner-Laussinatt; Riom, 1er fév. 1989, G.P.1989.2.Som.318). Faut-il en conclure que ces mêmes tribunaux pourraient dénier la qualité de réfugié reconnue par l'OFPRA (indépendamment des cas où cette qualité aurait été perdue entre-temps par une cause spécifique, v. Cons. d'État, 2 mars 1984, G.P.1985.I.Som.45; 27 mai 1988, J.C.P. 1988.IV.241)? Le préfet en tout cas ne saurait se substituer à l'office (trib. adm. Paris, 17 mai 1989, G.P. 1990.2.Som.408). Sur la force probante des certificats de l'OFPRA quant aux indications d'état civil, v. Paris, 17 juil. 1948, J.C.P. 1948.II.4608, note Lisbonne, R. 1959.377, concl. Ithier; TGI Châteauroux 8 août 1984, G.P.1984.2.639, note Petit.

163-2. (6) Le recours devant la commission en est un recours de plein contentieux, ce qui implique l'obligation pour la commission de prendre en considération tous les éléments de décision, même postérieurs à la décision du directeur de l'OFPRA, v. Cons. d'État 8 janv. 1982, R. 1983.Som.688; 20 mars 1985, D. 1986.I.R.283, obs. Waquet et Julien-Laferrière; 29 janv. 1986, D. 1986.I.R.207.

(7) Les arrêts contrôlant l'appréciation de la qualité de réfugié sont trop nombreux pour être cités ici. V. P. Talbot, *La reconnaissance de la qualité de réfugié et son contentieux*, J.C.P. 1992.I.3609; Tiberghien, *op. cit.* (*supra*, note 2). *Adde* les tables des revues, v° *Réfugié*.

(8) Le préambule reconnaît ce droit à « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté », ce qui est plus restrictif que la convention de Genève. V. Holleaux, Foyer et de La Pradelle, n. 185, montrant que la loi du 25 juillet 1952 a défini le réfugié par référence à la convention de Genève. Le Conseil constitutionnel (13 août 1993, J.O. 18 août) a vu dans le droit d'asile « un droit fondamental » garanti par la constitution, en sorte que « la loi ne peut en réglementer les conditions qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle » (cf. Cons. const. 3 sept. 1986 et 25 fév. 1992, indiquant que le principe du droit d'asile « est mis en œuvre par la loi et les conventions internationales introduites en droit interne »).

(9) En ce sens Cons. d'État 25 sept. 1985, *Rec.* 263. L'art. 5 réserve d'ailleurs les conventions internationales, au moins pour les documents relatifs à l'objet et aux conditions du séjour ainsi qu'aux moyens d'existence et aux garanties de rapatriement.

(10) Le texte est interprété restrictivement. Sur la condition d'arriver directement du pays de persécution, v. Crim. 9 déc. 1987, D. 1988.346, note Julien-Laferrière; sur la condition de se présenter sans délai aux autorités, Crim. 9 déc. 1987, D. 1989.Som.118, obs. Waquet et Julien-Laferrière; 11 oct. 1989, J.C.P. 1990.IV.33.

Lorsque néanmoins un refus d'entrée est envisagé, la décision ne peut être prise que par le ministre de l'Intérieur après consultation du ministre des Affaires étrangères (D. 27 mai 1982, art. 12)(11). La loi du 6 juillet 1992 a toutefois prévu que le demandeur d'asile peut être maintenu dans la zone d'attente du port ou de l'aéroport pendant le temps nécessaire à un «examen tendant à déterminer si sa demande n'est pas manifestement infondée»(12). Une fois sorti de cette zone d'attente, le demandeur d'asile doit encore attendre que l'OFPRA ait statué sur sa demande.

Dans la seconde situation, lorsque la demande d'admission au titre de l'asile est présentée à l'intérieur du territoire français, son examen, depuis la loi du 24 août 1993, relève du préfet (art. 31 *bis* nouveau, Ord. 2 nov. 1945, réd. L. 24 août 1993(13)). Elle peut être refusée dans quatre hypothèses: compétence d'un autre État pour statuer sur la demande d'asile (en application des accords de Schengen et de Dublin, v. ce même numéro, *in fine*), demande d'asile admissible dans un État tiers, atteinte à l'ordre public, demande frauduleuse, abusive ou destinée à faire échec à une mesure d'éloignement.

Si le résultat de cet examen est favorable, le demandeur d'asile pourra franchir le deuxième obstacle et solliciter la reconnaissance de la qualité de réfugié auprès de l'OFPRA. Le Conseil d'État avait récemment jugé que l'étranger sollicitant la qualité de réfugié et ayant saisi l'OFPRA devait en principe être autorisé à séjourner régulièrement en France jusqu'à ce qu'il soit statué sur sa demande par l'office et, le cas échéant, par la commission des recours des réfugiés, sauf dans les cas où cette demande a manifestement pour objet de faire échec à une mesure d'éloignement susceptible d'être prise à l'encontre d'un étranger déjà entré sur le territoire et se trouvant en situation irrégulière(14). De fait, la loi du 24 août 1993 dispose que le demandeur d'asile, une fois admis à séjourner en France en application de l'article 31 *bis*, sera mis en possession d'une autorisation provisoire de séjour renouvelée jusqu'à décision de l'OFPRA ou, le cas échéant, de la commission des recours (art. 32). Toutefois cette autorisation pourra lui être retirée (art. 32, al. 3) et le texte précise (art. 6 nouveau) qu'elle n'a pas pour effet – sauf si la qualité de réfugié est ultérieurement reconnue – de régulariser les conditions de l'entrée en France. En d'autres termes, le séjour en France du titulaire de cette autorisation provisoire ne sera pas considéré comme juridiquement régulier, ce qui le privera le cas échéant du bénéfice de la délivrance de plein droit de la carte de résident, subordonnée désormais à la régularité du séjour et de l'entrée sur le territoire français (cf. art. 15, al. 1er, réd. loi du 24 août 1993, *infra*, n. 164-2).

163-2. (11) V. Cons. d'État 16 mars 1988, G.P. 1988.2.501, Lettre de jur. adm.. Le projet gouvernemental de 1993 donnait au ministre de l'Intérieur, c'est-à-dire à la police, le pouvoir de refuser l'entrée en France, notamment si la demande d'asile était manifestement infondée. Le gouvernement a finalement renoncé à cette disposition, qui aurait pu encourir la censure du Conseil constitutionnel.

(12) Cette notion de demande manifestement infondée avait été utilisée par le Conseil constitutionnel, 25 fév. 1992, J. 1992.669, note D. Lochak. Sur le séjour en zone d'attente, v. *supra*, n. 163.

(13) *Adde* les alinéas nouveaux ajoutés à l'art. 2 L. 25 juil. 1952 par la L. août 1993 subordonnant la saisine de l'OFPRA à l'enregistrement préalable par le préfet de la demande d'admission au séjour du demandeur d'asile.

(14) Cons. d'État, 13 déc. 1991 (deux arrêts, *Dakouri* et *Nkodia*) R. 1992.455 et la note F. Crépeau, D. 1992.447, note F. Julien-Laferrière, R.F.D.A. 1992.90, concl. Abraham; 27 janv. 1992, J.C.P. 1992.IV.1309; v. aussi pour l'octroi d'une APS (autorisation provisoire de séjour) au conjoint du demandeur d'asile, trib. adm. Lyon, 15 nov. 1989, J.C.P. 1990.IV.371. La Cour de cassation avait antérieurement jugé que la demande adressée à l'OFPRA ne conférait pas au demandeur d'asile le droit de demeurer en France sans titre de séjour régulier, Crim. 21 oct. 1987, D. 1987.I.R.237; 28 oct. 1987, D. 1989.Som.137, obs. Waquet et Julien-Laferrière. L'autorisation provisoire de séjour accordée au demandeur d'asile ne vaut plus autorisation de travail (circ. 26 sept. 1991, J.O. 27 sept.). Sur les droits sociaux du demandeur d'asile, v. la rép. min. R. 1990.584.

Si l'admission au séjour au titre de l'asile est refusée par le préfet, l'article 31 *bis*, dern. al., permet néanmoins au demandeur d'asile de saisir l'OFPRA d'une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié. Cette disposition implique que l'étranger soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire, jusqu'à ce qu'il soit statué sur sa demande. La nécessité d'une demande préalable d'admission au séjour est ainsi, au moins provisoirement, vidée de son contenu(15).

Le refus de la qualité de réfugié entraîne logiquement la caducité de l'autorisation provisoire de séjour, mais la situation sociale de ces «déboutés du droit d'asile» est digne d'intérêt, surtout lorsque la décision de refus du statut intervient longtemps après leur entrée en France(16) et qu'ils ont réussi à s'intégrer dans la société française. Ce problème n'a pas trouvé de solution générale(17). La reconnaissance de la qualité de réfugié permet à l'intéressé de se réclamer des droits reconnus par la convention de Genève. Il n'est toutefois pas à l'abri d'une expulsion ou d'une extradition, mais jamais vers son pays d'origine(18).

163-2. (15) Cette bizarrerie s'explique par le fait que le Conseil constitutionnel, par sa décision du 13 août 1993, a censuré la disposition excluant la possibilité de saisir l'OFPRA dans le cas de rejet de la demande d'admission au motif de la compétence d'un autre État partie aux conventions de Dublin ou de Schengen. La reprise de cette disposition sous une autre forme, après une éventuelle révision de la constitution, était envisagée par le gouvernement en septembre 1993.

(16) C'est précisément pour accélérer les procédures que les moyens matériels de l'OFPRA et de la commission des recours ont été sensiblement renforcés au cours des dernières années, v. la rép. min. R. 1988.122; cf. la L. 2 juil. 1990 et le D. 30 juil. 1992.

(17) Les décisions de reconduite à la frontière ne sont pas toujours mises à exécution. Le Conseil d'État veille, comme en droit commun (n. 165-1), à ce que la mesure n'emporte pas des conséquences d'une excessive gravité sur la situation personnelle ou familiale de l'intéressé (20 juil. 1990, D. 1990.I.R.214). La circ. 2 août 1989 (J.O. 8 août) fait obligation aux préfets d'en référer au ministre lorsque l'intéressé, qui n'a pas la qualité de réfugié, justifie qu'il ne peut être renvoyé sans risques dans son pays d'origine (§ 3.2).

(18) V. pour l'expulsion, art. 33 conv. Genève; cf., demandant au gouvernement l'interprétation de cet article, Crim. 10 mai 1988, D. 1989.Som.137, obs. Waquet et Julien-Laferrière; pour l'extradition Cons. d'État, Ass. 1er avr. 1988, invoquant les principes généraux du droit applicables aux réfugiés, J.C.P. 1988.II.21071, concl. Vigouroux, D. 1988.413, note H. Labayle, G.P. 1988.2.548, note Julien-Laferrière.

Comme l'annonce déjà le nouvel article 31 *bis* dans le seul cas de demande d'admission au titre de l'asile présentée à l'intérieur du terrritoire français, l'entrée en vigueur des conventions de Schengen (*supra*, n. 163-1) et de Dublin[19] aura pour effet une coordination des procédures de traitement des demandes d'asile, notamment à l'entrée sur le territoire, dans le respect affirmé de la convention de Genève (conv. de Schengen du 19 juin 1990, art. 28). Le principe retenu est qu'à l'intérieur de l'espace commun, un seul État est responsable du traitement de la demande d'asile (art. 29), qu'il assure conformément à son droit national (art. 32). Cet État est normalement celui qui a délivré un visa ou un titre de séjour au demandeur d'asile ou, à défaut, celui par les frontières extérieures duquel il a pénétré dans l'espace commun (art. 30). La raison d'être de la règle est d'empêcher le demandeur d'asile de tenter sa chance simultanément ou successivement dans différents États contractants. En effet, toute demande présentée à un État contractant autre que l'État responsable sera renvoyée à ce dernier qui devra notamment reprendre le demandeur d'asile, s'il se trouve irrégulièrement sur le territoire d'un autre État contractant pendant la durée de la procédure d'asile (art. 33) ou après le rejet définitif de sa demande (art. 34). L'effectivité de ces règles est facilitée par des échanges d'informations et de données, même informatisées[20], entre États contractants (art. 37 et 38). Ces règles n'empêchent cependant pas un État contractant autre que l'État responsable d'assurer s'il le veut le traitement d'une demande d'asile (art. 29, § 4).

164. B) Cartes de séjour. Des origines à la loi du 17 juillet 1984. Règles communes. – La carte d'identité des étrangers, dénommée aujourd'hui *carte de séjour*, a été instituée par le décret du 2 avril 1917 pour contrôler et congédier selon les besoins les travailleurs étrangers que les nécessités ou les temps de guerre avaient conduit à appeler. L'institution a été légalisée et stabilisée par la loi de finances (la carte est soumise à un droit de timbre) du 13 juillet 1925, et a fait l'objet, depuis, de maints remaniements. La réglementation de la carte de séjour est étroitement dépendante de la conjoncture économique et démographique. La crise économique de l'entre-deux-guerres avait conduit à des mesures rigoureuses qui avaient trouvé leur expression la plus caractérisée dans les décrets des 2 et 14 mai 1938, 12 novembre 1938.

L'ordonnance du 2 novembre 1945 a rassemblé les règles éparses dans les textes précédents et les a refondues dans un sens nouveau plus libéral à l'égard de l'étranger. Le législateur en effet a tenu compte des critiques soulevées par les rigueurs excessives des décrets de 1938, expression d'une méfiance due aux circonstances de l'époque; il a aussi et surtout considéré que la France, à la fin de la guerre, retrouvait, aggravé, le problème démographique en face de ruines matérielles appelant d'urgence une main-d'œuvre nouvelle pour la reconstruction, mais avec cette complication, par rapport, à l'autre guerre, que la France n'était plus le seul pays européen demandeur de main-d'œuvre étrangère, que les anciens pays d'émigration, également appauvris en hommes, devaient aussi faire face à leur propre reconstruction, et qu'en France même des immigrés avaient tendance à regagner leur pays. Il a donc paru indispensable de refondre le régime du séjour des étrangers en France

163-2. (19) Convention de Dublin du 15 juin 1990 relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée auprès d'un État membre des communautés européennes.

(20) Mais alors dans le respect de la convention européenne du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (art. 38, § 12).

dans un sens propre à faciliter leur venue et même à éviter leur départ[1]. L'ordonnance du 2 novembre 1945 avait cru y parvenir en diversifiant le régime des cartes de séjour par la création, à côté de la carte de résident ordinaire, de celles de résident temporaire et de résident privilégié[2].

Cette multiplicité était aggravée par l'existence de cartes professionnelles (n. 166) spécialement, pour les salariés, de cartes de travail, elles-mêmes diversifiées en trois catégories.

Ce régime complexe a mal résisté à la crise économique survenue en 1973. Souvent modifié, soit dans un sens restrictif[3], soit dans un sens libéral[4], il a été entièrement refondu par la loi du 17 juillet 1984[5]. En la forme, cette loi, d'inspiration libérale, a réalisé une double simplification en ramenant de trois à deux les cartes de séjour et en créant un titre unique de séjour et de travail[6]. Au fond, elle a voulu renforcer les droits attachés aux cartes de séjour en garantissant une plus grande stabilité de résidence aux étrangers régulièrement établis en France.

Il n'y a plus aujourd'hui[7] que deux cartes de séjour, la carte de séjour temporaire et la carte de résident. Tout étranger en séjour en France[8] âgé

164. (1) D'après le rapport du ministre de l'Intérieur sur le recensement de 1954 (*J.O.* 10 nov.1954) le nombre d'étrangers était tombé en 1946 à 1 671 000. Il a encore baissé après pour s'établir à 1 452 000 en 1954, puis a remonté: au recensement de 1968, 2 664 000 étrangers ont été dénombrés. Selon le 13e rapport sur la situation démographique de la France (*in Population*, 1984.669 et s., spéc. 687), la population étrangère en France, de 1975 à 1982, serait passée de 3 442 415 à 3 680 100. Le recensement de 1990 a dénombré 3 607 590 étrangers qu'il faut ajouter aux 1 777 395 Français par acquisition pour avoir une vue complète du phénomène de l'immigration (Lebon, *Aspects de l'immigration et de la présence étrangère en France 1991/1992*, tableau 8). Le phénomène de l'immigration n'est pas propre à la France. La République fédérale d'Allemagne comptait, en 1986 (donc avant la réunification et l'afflux de réfugiés venus de l'Est) 4 700 000 étrangers, la Belgique 853 000, le Royaume-Uni 1 700 000 (v. d'autres chiffres dans Guimezanes *La circulation et l'activité économique des étrangers dans la communauté européenne*, 1990, p. 47 et s.).

(2) Sur l'ensemble de la question, v. P. Lagarde, *Rép. Dalloz de dr. int.*, v° *Cartes d'identité*, et les précédentes éditions de cet ouvrage.

(3) V. le décr. 15 janv. 1976 (R. 1976.183) prévoyant le retrait de la carte de résident ordinaire lorsque l'intéressé s'est trouvé « de son fait » sans emploi ni ressources régulières depuis plus de six mois. *Adde* la L. 10 janv. 1980 érigeant en cas d'expulsion le fait pour l'étranger d'être en situation de séjour irrégulière.

(4) V. la L. 29 oct. 1981 et le décr. n° 82-441 du 25 mai 1982, revenant sur les solutions adoptées par la L. 10 janv. 1980 et le décr. 15 janv. 1976.

(5) V. le commentaire de Mme Simon-Depitre, R. 1984.735 et s. *Adde* les trois décrets d'application du 4 déc. 1984 (R. 1985.593 et s.) et les trois circulaires des 21 et 31 déc. 1984 et 4 janv. 1985 publiées au J.O. 12 janv. 1985 (G.P.1985.1.115 et s.).

(6) Sur ce dernier point, v. *infra* n° 166. La simplification, appréciable pour l'intéressé, est surtout formelle. Les modalités d'octroi de l'autorisation de travail restent en effet fixées par le ministre chargé du Travail, tandis que celles de délivrance de la carte de séjour sont de la compétence du ministre de l'Intérieur (v. les circ. des 21 et 31 déc. 1984, *G.P.* 1985.1.115 et 119, émanant respectivement de l'un et de l'autre ministre.

(7) Le régime transitoire est prévu à l'art. 2 L. 17 juil. 1984. Les étrangers titulaires d'une ancienne carte de résident ordinaire ou privilégié ont reçu de plein droit à son échéance une nouvelle carte de résident.

(8) A l'exception des membres des missions diplomatiques et de leur famille proche et des étrangers séjournant en France pour une durée maximum de trois mois sous le couvert de leur

de plus dix-huit ans doit être titulaire de l'une ou de l'autre (art. 9 ord. 2 nov. 1945, réd. L. 2 août 1989). La carte doit être demandée à la préfecture dans les deux mois de l'entrée en France[9]. Un récépissé de la demande, valant autorisation de séjour pour la période qu'il indique, est remis à l'intéressé[10].

Le report de seize à dix-huit ans de l'obligation de posséder un titre de séjour (L. 2 août 1989, modifiant Ord. 2 nov. 1945, art. 9) permettait de ne pas créer une discontinuité dans le processus d'assimilation des jeunes gens nés en France de parents étrangers, appelés alors à devenir français de plein droit le jour de leur majorité (art. 44 c. nat., *supra*, n. 104 et s.), tout en profitant également à ceux qui n'étaient pas nés en France. La loi du 22 juillet 1993, en substituant à l'acquisition de plein droit de la nationalité française par les jeunes étrangers nés en France une manifestation de volonté entre 16 et 21 ans, a prévu la délivrance de plein droit à ces jeunes gens d'une carte de résident (art. 15, dern. al. ord. 2 nov. 1945, réd. loi 24 août 1993, v. *supra*, n. 105). L'article 9 de l'ordonnance de 1945 continuera à s'appliquer aux jeunes étrangers qui ne sont pas nés en France. Mais, comme l'âge de seize ans correspond à la fin de la scolarité obligatoire et, pour certains, à l'entrée sur le marché du travail, il a fallu en même temps prévoir l'octroi dès cet âge d'un titre de séjour à ceux de ces jeunes gens déclarant vouloir exercer une activité professionnelle (art. 9, al. 2 et 12 bis Ord. 2 nov. 1945, réd. L. 2 août 1989, mod. L. 24 août 1993; *adde* circ. 2 août 1989, J.O. 8 août, titre II). La même loi a prévu qu'un document de circulation serait délivré sur leur demande aux jeunes étrangers mineurs résidant en France pour leur permettre d'y rentrer en cas de voyage à l'étranger (Art. 9, al. 3 Ord. 1945 et D. n. 91-1305 du 24 déc. 1991).

164-1. 1° Carte de séjour temporaire. – Cette carte, qui remplace l'ancienne carte de résident temporaire, est prévue, d'une part, pour les étrangers qui viennent en France pour une durée en principe limitée, soit comme visiteurs, soit comme étudiants, soit pour y exercer à titre temporaire une activité professionnelle[1], d'autre part, pour les étrangers qui ne remplissent pas les conditions nécessaires pour obtenir une carte de résident (ord. 2 nov. 1945, réd. L. 17 juil. 1984, art. 10). Ce dernier membre de phrase vise entre autres tous les étrangers séjournant en France depuis

---

titre régulier de séjour (art. 3, al. 4, décr. 30 juin 1946, réd. décr. 9 juil. 1990). Cette réglementation n'est pas applicable aux ressortissants d'un État membre de la C.E.E., ni aux Algériens, Andorrans et Monégasques.

164. (9) Ou dans les deux derniers mois précédant l'expiration de la carte de séjour antérieurement délivrée. Pour les étrangers *qui ne sont pas entrés en France*, la demande doit être faite dans l'année qui suit le 18e anniversaire s'ils peuvent obtenir de plein droit un titre de séjour, sinon dans les deux mois qui suivent l'expiration de la 18e année ou la perte de la nationalité française (décr. 30 juin 1946, art. 3, al. 3, réd. décr. 9 juil. 1990).

(10) Décr. 30 juin 1946 mod. décr. 4 déc. 1984, art. 4. Le récépissé est valable au moins trois mois et peut être renouvelé.

164-1. (1) A supposer qu'ils aient obtenu au préalable l'autorisation de travail, v. art. L. 341-4 C. trav., réd. L. 17 juil. 1984, et *infra*, n° 166-1.

moins de trois ans, puisque cette durée de séjour est requise pour obtenir la carte de résident (art. 14 nouveau ord. 2 nov. 1945). Ce sera notamment le cas des étrangers arrivés récemment en France au titre du regroupement familial[2].

Pour obtenir la carte, l'étranger doit surtout justifier d'un visa de long séjour[3] et de ressources suffisantes[4]. Sa présence en France ne doit pas être une menace pour l'ordre public (art. 12)[5].

La carte est délivrée pour une période qui ne peut être supérieure à un an ni dépasser la durée de validité du visa obtenu pour l'entrée en France, soit au minimum trois mois[6], et le cas échéant, de l'autorisation d'exercer une profession en France (décr. 30 juin 1946, réd. décr. 4 déc. 1984, art. 9). Elle peut être renouvelée (ord. 2 nov. 1945, art. 11 nouveau)[7].

La carte de séjour temporaire peut être retirée à son titulaire (D. 30 juin 1946 mod. D. 9 juil. 1990, art. 5)[8], spécialement s'il cesse de remplir les conditions requises pour sa délivrance ou en cas d'expulsion ou d'interdiction du territoire (D. 30 juin 1946 mod. D. 9 juil. 1990, art. 5).

164-2. 2° Carte de résident. – La carte de résident, qui remplace les anciennes cartes de résident ordinaire et de résident privilégié, emprunte beaucoup au régime de cette dernière.

Comme celle-ci, elle est d'abord destinée aux étrangers qui justifient d'une résidence non interrompue et régulière d'au moins trois ans en France. L'Administration tiendra compte, pour l'accorder ou la refuser, des moyens d'existence de l'intéressé (en exigeant notamment du travail-

---

164-1. (2) Cf. *supra* n° 163. L'art. 12 nouveau de l'ord. 2 nov. 1945 (réd. L. 7 juil. 1984) prévoit d'ailleurs que la carte porte, selon les situations, la mention « visiteur », « étudiant », « salarié », avec indication de l'activité autorisée, ou « membre de famille ». Le tribunal administratif peut ordonner le sursis à exécution de la décision refusant la carte de séjour lorsque ce refus modifie la situation antérieure régulière de l'intéressé (titulaire, par ex. d'une APS), v. Cons. d'État, 13 nov. 1987, J.C.P. 1988.IV.48; 9 mars 1990, G.P. 1990.1.319. Lettre de jur. adm.; v. toutefois art. 6 nouveau (L. 24 août 1993, v. *supra*, n. 163-2).

(3) Art. 13 nouv. ord. 2 nov. 1945, réd. L. 17 juil. 1984 et art. 7 décr. 30 juin 1946, réd. décr. 4 déc. 1984. Cette condition ne s'applique évidemment pas à l'étranger qui n'est pas entré en France (cf. *supra* n° 164, note 9).

(4) Sur les justifications à fournir pour obtenir la carte de séjour temporaire, v. art. 7 décr. 30 juin 1946, réd. décr. 9 juil. 1990. L'étranger qui n'entend exercer en France aucune activité professionnelle (visiteur) doit prendre l'engagement de n'en exercer aucune (comp. l'art. 12 de l'ord. et l'art. 7, al. 2, 4°, du décret).

(5) Lorsque l'attitude ou les antécédents de l'intéressé exigent une surveillance spéciale, la validité territoriale de la carte de séjour temporaire peut être limitée. V. art. 2, al. 4, décr. 18 mars 1946, réd. décr. 26 déc. 1984 (R. 1985.170).

(6) V. les textes cités *supra*, note 3. *Adde* la circ. 31 déc. 1984, titre II, I.A.

(7) La L. 2 août 1989 avait prévu (art. 18 *bis* Ord. 2 nov. 1945) la consultation obligatoire de la commission du séjour des étrangers si le préfet envisageait de refuser le renouvellement. Cette disposition a été supprimée par la L. 24 août 1993. Sur le refus de renouvellement à un étudiant ne poursuivant pas sérieusement ses études, v. Cons. d'État 11 mars 1988, J.C.P. 1988.IV.186, G.P. 1988.2.Som.398; rappr. Cons. d'État 31 juil. 1992, D. 1992.I.R.244. *Adde* la rép. min. R. 1990.403.

(8) L'art. 13 Ord. 2 nov. 1945 soumettait à autorisation préfectorale le mariage en France des résidents temporaires. Ce texte, jugé contraire à la convention européenne des droits de l'homme (*supra*, n. 159-1), a été abrogé par la L. 29 oct. 1981.

leur salarié la production d'un contrat de travail, art. 341-5 nouv. C. trav.) et «le cas échéant, des faits qu'il peut invoquer à l'appui de son intention de s'établir durablement en France» (art. 14 ord. 2 nov. 1945, réd. L. 17 juil. 1984). La carte peut être refusée en cas de menace pour l'ordre public[1].

En outre, elle est délivrée de plein droit à treize catégories d'étrangers énumérées par l'article 15 nouveau de l'ordonnance du 2 novembre 1945. En plus des réfugiés, de certains apatrides et de leurs proches (art. 15, 10° et 11°), il s'agit d'étrangers ayant des liens familiaux avec un Français[2] ou avec un étranger résident[3], ou justifiant eux-mêmes d'une longue résidence en France[4], d'une rente d'accident du travail (art. 15, 4°) ou de services militaires (6° à 9°)[5]. Ces cas sont à rapprocher de ceux énumérés à l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (réd. 2 août 1989) et dans lesquels l'étranger ne peut être ni reconduit à la frontière ni expulsé (v. n°s 165-1 et 167). A ces cas s'ajoute celui de l'étranger remplissant les conditions d'acquisition de la nationalité française prévues à l'article 44 du code de la nationalité (*supra*, n. 105).

L'application de cet article 15 a suscité quelques difficultés, auxquelles la loi du 24 août 1993 a apporté des réponses empreintes d'une certaine sévérité. La délivrance de plein droit de la carte de résident, dans les hypothèses prévues à cet article, est subordonnée à la triple condition de l'absence de menace pour l'ordre public, de la régularité du séjour et de l'entrée sur le territoire[6]. Plus particulièrement, la délivrance de plein droit de la carte de résident au conjoint étranger d'un ressortissant de nationalité française (art. 15, 1°) a suscité de nombreux mariages de complaisance[7] contre lesquels les préfets ont lutté en refusant ou en retirant la carte de résident[8]. Finalement le Conseil d'État, saisi pour avis par un tribunal administratif, leur a donné raison. Tout en affirmant l'opposabilité de principe du mariage au préfet, il a reconnu au préfet le droit, «s'il est établi de façon certaine (...) que le mariage a été contracté dans le but exclusif d'obtenir un titre de séjour, de faire échec à cette fraude et de refuser à l'intéressé, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, la carte de résident[9].

Ce dispositif est complété par la possibilité donnée au ministère public par les nouveaux articles 175-1 et 190-1 du code civil (réd. L. 24 août 1993) de former opposition au mariage et d'en demander la nullité si celui-ci doit être ou a été célébré en fraude à la loi. Dans sa décision du 13 août 1993, le Conseil constitutionnel a censuré, pour atteinte au principe de la liberté du mariage, la disposition permettant au procureur de la République, saisi par l'officier de l'état civil, de décider le sursis à la célébration du mariage. Un nouveau projet de loi reprend cette disposition (sept. 1993)

Le refus de la carte de résident à un étranger mentionné à l'article 15 doit être soumis au préalable à la *commission du séjour des étrangers*, instituée par la loi du 2 août 1989 (art. 18 *bis*, Ord. 2 nov. 1945). La composition de cette commission est la même que celle de la commission des expulsions (art. 24, *infra*, n. 167-1). Présidée par le président du tribunal de grande instance ou un juge délégué par lui, elle comprend aussi un magistrat désigné par l'assemblée de ce même tribunal et un conseiller de tribunal administratif. La procédure est contradictoire et les débats sont publics. Si l'étranger n'a pas de titre de séjour ou s'il est périmé, il reçoit une autorisation provisoire de séjour pour toute la durée de la procédure. La loi du 24 août 1993 a supprimé la règle, protectrice de l'étranger, selon laquelle l'avis de la commission favorable à la délivrance ou au renouvellement du titre de séjour liait le préfet.

La carte de résident est beaucoup plus avantageuse pour son titulaire que la carte de séjour temporaire. Elle est valable pour dix ans et – sauf polygamie ou péremption (art. 15 *bis* et 18) – renouvelable de plein droit, comme l'ancienne carte de résident privilégié (art. 16 nouveau ord. 2 nov. 1945). Elle confère de plus à son titulaire, du moins en France métropolitaine, le droit d'exercer la profession de son choix «dans le cadre de la législation en vigueur»[10] et le dispense de la carte de commerçant (art. 17).

L'article 17, al. 3 nouveau de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ajoute que «les dispositions législatives applicables aux résidents privilégiés le sont également aux titulaires d'une carte de résident».

164- 2. (1) V. art. 15, al. 1er, Ord. 2 nov. 1945, réd. L. 24 août 1993 et antérieurement circ. 21 déc. 1984. La carte de résident, pas plus que l'ancienne carte de résident privilégié, ne peut faire l'objet d'une limitation territoriale de validité (v. le texte cité *supra*, n° 164-1, note 5).

(2) Conjoint (depuis au moins un an), enfant ou ascendant à charge d'un Français (art. 15, 1° et 2°), père ou mère d'un enfant français résidant en France (art. 15, 3°). Elle ne peut être délivrée (et en cas de délivrance, doit être retirée) à l'étranger vivant en état de polygamie ni à ses conjoints (art. 15 *bis*, réd. L. 24 août 1993).

(3) Conjoint ou enfant mineur venu en France au titre du regroupement familial (art. 15, 5°).

(4) Résidence régulière en France depuis plus de dix ans, à l'exclusion des titulaires d'une carte de séjour temporaire mention étudiant (art. 15-12° Ord. 2 nov. 1945, réd. L. 24 août 1993).

(5) Sur les justifications à fournir à l'appui de la demande, v. le décr. 30 juin, 1946, réd. décr. 4 déc. 1984, art. 10 à 12). Le refus de la carte de résident, à un étranger mentionné à l'article 15 doit être soumis au préalable à la commission du séjour des étrangers (art. 18 bis Ord. 2 nov. 1945, réd. L. 2 août 1989).

(6) Cette dernière condition n'est pas requise dans les cas mentionnés aux 6° et 12° de l'art. 15 (services militaires divers, réfugiés et apatrides, résidence régulière de longue durée en France). Avant même la loi de 1993, cette condition avait été requise par le Conseil d'État (26 sept. 1986, G.P.1987.2.Som.321 ; 5 fév. 1988, J.C.P.1988.IV.146 ; 22 janv. 1993, G.P. 11 sept. 1993, Pan.dr.adm.129). La condition d'absence de menace pour l'ordre public n'est pas applicable à l'étranger remplissant les conditions de l'art. 44 c. nat. (Cons. const. 13 août 1993, J.O. 18 août).

(7) V. *supra*, n. 127, le même phénomène en matière de nationalité.

(8) V., approuvant le refus de la carte, pour défaut de communauté de vie, trib. adm. Lyon, 2 mars 1989, G.P. 1990.1.Som.68; approuvant le retrait en cas de mariage frauduleux, trib. adm. Orléans, 5 fév. 1991, J.C.P. 1991.IV.394; trib. adm. Besançon, 3 oct. 1991, J.C.P. 1992.IV.1392; annulant le mariage, Paris, 8 juin 1993, D.1993.I.R.192. Cf. les rép. min. R. 1992.163 et 832.

164- 2. (9) Avis du 9 oct. 1992, J.O., 24 oct. 1992, p. 14852, J.C.P. 1992.IV.2883, obs. Renault et 1993.II.22025, note Laroche-Gisserot, D.1993.251, note Maillard-Desgrées du Loû, J.1993.103, note Julien-Laferrière, R. 1993.25 note P.L.; dans le même sens, Cons. d'État 11 déc. 1992, J.C.P. 1993.IV.502. *Adde*, Cons. d'État 13 nov. 1992, D.1993.297, note V. Haïm (retrait de carte obtenue à la suite d'un mariage frauduleux).

(10) Sous le régime antérieur, les résidents privilégiés n'obtenaient cet avantage qu'après dix ans de résidence en France à ce titre et demeuraient astreints à la carte de commerçant. La référence à la législation en vigueur signifie que la carte de résident ne confère pas le droit d'exercer une profession fermée aux étrangers par cette législation (v. sous le régime antérieur, Cons. d'État 20 déc. 1963, *Hurni*, R. 1964.258, note Mme Simon-Depitre).

C'est l'occasion de rappeler que le législateur français a très fréquemment jugé opportun d'offrir un régime de faveur aux étrangers qui se fixent à demeure sur notre sol, soit qu'il y ait vu l'amorce d'une naturalisation, soit qu'il ait simplement voulu tirer quelques conséquences de l'apport de ces étrangers à la collectivité. Le Code civil avait institué l'admission à domicile (art. 13). Après son abrogation en 1917, le décret du 14 mai 1938 (art. 8) avait prévu, au profit des étrangers fixés en France depuis plus de dix ans, l'autorisation de travailler sur tout le territoire ou même dans une profession quelconque. L'ordonnance du 2 novembre 1945 avait de même accordé au résident privilégié divers avantages dont la plupart ont été rejoints ou même dépassés par le droit commun (dispense de caution *judicatum solvi*, électorat aux comités d'entreprise, éligibilité comme délégué du personnel). Ceux qui subsistaient et qui ont profité désormais de plein droit aux titulaires des nouvelles cartes de résident, sont le droit à la carte d'exploitant agricole (n° 166) et le droit à indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction[11].

La carte de résident ne peut en principe être retirée, sauf fraude (*supra*, note 8), polygamie vécue en France (art. 15 *bis* nouveau Ord. 2 nov. 1945, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel), perte de la qualité de réfugié (art. 16, al. 2, nouveau), expulsion ou interdiction du territoire ou départ avec bénéfice de l'aide à la réinsertion[12]. Elle se périme par une absence du territoire français pendant une période de plus de trois ans consécutifs (Ord. 2 nov. 1945 mod. L. 2 août 1989, art. 18).

Ce nouveau statut de résident devrait devenir à court terme le statut de droit commun de l'étranger en France. Avant la loi du 17 juillet 1984, les résidents privilégiés et les résidents ordinaires représentaient plus des trois quarts des étrangers assujettis à la possession d'une carte de séjour. Ces règles nouvelles ne sont toutefois pas applicables aux nombreux étrangers dont le régime est fixé par traité international, notamment aux ressortissants d'un État membre de la Communauté économique européenne (*infra*, n.), aux Algériens et aux Tunisiens[13].

164-2. (11) L'art. 706-15 C. proc. pén., réd. L. 2 fév. 1981; v. Mme Simon-Depitre, R. 1984.740). L'art. 706-15 a été abrogé par la L. 6 juil. 1990 qui reconnaît le droit à l'indemnisation à l'étranger en séjour régulier (art. 706-3 c. proc. pén.).

(12) V. art. 6, L. 17 juil. 1984; Cons. d'État 4 mars 1991, J.C.P. 1991.IV.152, D. 1991.I.R.102, G.P. 1991.2.Pan.dr.adm.122.

(13) Pour les Algériens, v. Accord 27 déc. 1968, décr. 18 mars 1969, R. 1969.334, mod. avenant 22 déc. 1985, décr. 7 mars 1986, R. 1986.349. Pour les Tunisiens, accord 17 mars 1988, décr. 8 fév. 1989, R. 1989.400. Ces accords déterminent les conditions de délivrance des titres de séjour (« certificats de résidence » pour les Algériens), de l'exercice des activités professionnelles et du regroupement familial. Le régime qu'ils fixent est considéré par la jurisprudence comme se suffisant à lui-même, en ce sens qu'Algériens et Tunisiens ne peuvent se prévaloir des solutions, sur certains points plus favorables, de l'Ord. 2 nov. 1945. V. pour les Algériens et pour la délivrance du certificat de résidence: Cons. d'État 25 mai 1988, D. 1988.I.R.180; 25 mai 1989, J.C.P. 1991.IV.218; 27 juil. 1990, G.P. 1991.1., Pan. dr. adm. 25; pour un Tunisien, Trib. adm. Lyon 28 nov. 1990, G.P. 1991.2., Pan. 97; pour le regroupement familial Cons. d'État 25 mai 1988, 1989.1.Som.151; Comp. 9 janv. 1991, J.C.P. 1993.II.22004, 2e esp., note Lafay. Mais les sanctions de l'art. 19 Ord. 2 nov. 1945 sont applicables aux Algériens séjournant en France sans satisfaire aux conditions de l'Accord, Crim. 27 fév. 1991, J.C.P. 1991.IV.218. Sur ce que la Conv. europ. des droits de

165. Sanctions. 1° Sanctions pénales. Contrôles d'identité. – La violation de la réglementation de l'entrée et du séjour des étrangers en France fait l'objet de sanctions pénales et de mesures administratives. Si les premières ont relativement peu évolué, la réglementation des secondes a suivi de très près les changements fréquents de majorité politique survenus en France depuis 1980.

Aux termes de l'article 19 Ord. 2 nov. 1945 (réd. L. 26 fév. 1992), « l'étranger qui a pénétré ou séjourné en France sans se conformer aux dispositions des articles 5 et 6[1] ou qui s'est maintenu sur le territoire français au delà de la durée autorisée par son visa sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 2000 à 20000 F ». A ces sanctions peut s'ajouter, sauf pour les mineurs de dix-huit ans et sous réserve d'une « décision spécialement motivée au regard de la gravité de l'infraction » pour les étrangers énumérés par l'article 21 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (L. 31 déc. 1991, mod. L. 24 août 1993)[2], une peine d'interdiction du territoire pouvant aller jusqu'à trois ans (art. 19, I, dern. al.)[3]. L'interdiction du territoire emporte de plein droit reconduite à la frontière (même texte)[4]. Les mêmes peines s'appliqueront le moment venu aux étrangers ayant pénétré ou séjourné irrégulièrement en France métropolitaine en violation des règles posées par la convention de Schengen (Ord. 2 nov. 1945, art. 19, § II, réd. L. 26 fév. 1992).

L'existence de ces sanctions donne son intérêt pratique à la question des *contrôles d'identité* destinés à dépister les immigrés clandestins. La difficulté est de concilier le respect des personnes (éviter ce qu'on a appelé le « délit de faciès », c'est-à-dire l'interpellation d'une personne à raison de son apparence physique) et l'efficacité de la répression de l'immigration clandestine. La Cour de cassation avait exigé que le contrôle d'identité soit justifié par des éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger[5]. La L. 3 sept. 1986, modifiant l'art. 78-1 c. proc. pénale, avait voulu faciliter la tâche de la police en obligeant toute personne se trouvant sur le territoire national à accepter de se prêter à un contrôle d'identité (et pas seulement les étrangers), et en ajoutant que « la personne de nationalité étrangère dont l'identité est contrôlée doit être en mesure de présenter les pièces et documents sous le couvert desquels elle est autorisée à séjourner en France », mais la Cour de cassation

---

l'homme ne pourrait prévaloir sur l'accord franco-algérien, v. Cons. d'État 22 nov. 1989, G.P., 1990.1.192, Lettre de jur. adm.; 2 fév. 1990, J.C.P. 1993.II.22004, 1er esp., note Lafay. V. Cependant Cons. d'État 22 mai 1992, G.P. 27 fév. 1993, Pan. dr. adm. 8 (motifs).

165. (1) C'est-à-dire sans être muni des documents requis ou sans avoir demandé un titre de séjour.

(2) Cette liste correspond à quelques nuances restrictives près qui sont autant de complications, aux six premiers cas de l'art. 25 (étrangers non expulsables et non reconductibles à la frontière). Sur ce que l'interdiction du territoire, peine accessoire à une condamnation pour trafic de stupéfiants, peut cependant frapper un étranger non expulsable, v. Crim. 3 janv. 1986, G.P.1986.2.Som.271, J.C.P. 1986.IV.92; 18 mars 1987, D. 1988.Som. 130, obs. Waquet et Julien-Laferrière; Cons. d'État 25 fév. 1991, G.P.1991.2.434, Lettre de jur. adm.

(3) Sur ce que la peine d'interdiction du territoire n'est pas contraire à la convention européenne des droits de l'homme, v. Crim. 18 fév. 1985, J.C.P. 1985.IV.163; 2 mai 1989, G.P.1989.2.688; 3 mai 1990, J.C.P. 1990.IV.278, D. 1990.I.R.160; 23 oct. 1991, D. 1992.I.R.36.

(4) Pour l'exécution de cette peine, le préfet ne prend pas un arrêté susceptible, comme pour le droit commun de la reconduite à la frontière, d'un recours pour excès de pouvoir, Cons. d'État, 2 déc. 1991, G.P. Lettre de jur. adm. 3 mars 1992.

(5) Crim. 25 avr. 1985, avec les concl. Dontenwille, D. 1985.329, G.P.1985.1.408, J.C.P. 1985.II.20465, note Jeandidier; *adde* D. Thomas, D. 1985.Chr.181; Favoreu, D. 1986.Chr.169.

a maintenu sa position[6] et annulé des poursuites pour infraction à la réglementation des étrangers, engagées à la suite d'un contrôle irrégulier. Pour essayer de briser cette jurisprudence, la loi du 10 août 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité a précisé que pourrait être contrôlée l'identité de toute personne « quel que soit son comportement », pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens (art. 78-2, 7ème al. nouveau, c. proc. pén., réd. L. 10 août 1993)[7]. La même loi prévoit également, pour prendre effet à la date d'entrée en vigueur de la convention de Schengen, des contrôles d'identité dans les zones proches des frontières de la France et des États parties à ladite convention, ainsi que dans les ports, aéroports et gares ouverts au trafic international.

En outre, et même en dehors de tout contrôle d'identité, les étrangers doivent être en mesure de présenter à toute réquisition des officiers de police judiciaire les pièces et documents sous le couvert desquels ils sont autorisés à circuler ou à séjourner en France (art. 8, av. dern. al. nouveau, Ord. 2 nov. 1945, réd. L. 24 août 1993).

Des sanctions pénales plus lourdes sont également prévues contre toute personne ayant facilité directement ou indirectement l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'étrangers en France (art. 21 Ord. 2 nov. 1945 réd. L. 31 déc. 1991)[8]. Faisant suite aux accords de Schengen (*supra*, n. 163-1), la loi du 26 février 1992 a également prévu des peines d'amende pouvant aller jusqu'à 10000 F par étranger à l'encontre des entreprises de transport aérien ou maritime débarquant sur le territoire français des étrangers dépourvus du titre de voyage ou le cas échéant du visa (art. 20 bis nouveau Ord. 2 nov. 1945)[9].

165-1. 2° La reconduite à la frontière. – L'étranger surpris en situation irrégulière de séjour doit normalement quitter le territoire, sauf à y revenir lorsqu'il aura régularisé sa situation (cf. art. 11, al. 2 Ord. 2 nov. 1945).

Pour renforcer l'efficacité de la lutte contre l'immigration clandestine, la loi du 10 janvier 1980, dans un excès de sévérité, avait fait de nombreux cas de séjour irrégulier des motifs d'expulsion (et non plus de refoulement), ce qui signifiait que ceux qui en étaient l'objet ne pouvaient plus revenir en France tant que l'arrêté

---

165. (6) Crim. 8 nov. 1989, J.C.P. 1990.II.21580, note Syr; 10 nov. 1992, D. 1993.36, note D. Mayer; comp. trib. corr. Paris 10 août 1990, J.C.P. 1991.II.21713, 1re esp. note Pansier (dénonçant l'oralité comme critère de l'extranéité).

(7) Dans une « réserve d'interprétation », le Conseil constitutionnel (5 août 1993, J.O. 7 août) a prohibé « la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires » et a mis à la charge de l'Administration la justification des « circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle ».

(8) Emprisonnement de deux mois à cinq ans, amende de 2000 à 200000 F, interdiction de séjour, interdiction du territoire pouvant aller jusqu'à dix ans (sauf pour les étrangers énumérés par l'art. 21 bis, v. note 2), retrait d'autorisation d'exploiter, interdiction d'activité professionnelle, confiscation de véhicule (v., pour une véhicule loué, Crim. 5 mars 1987, G.P.1987.2.445, note Doucet); pour la fourniture de logements, Crim. 4 mars 1991, J.C.P. 1991.IV.228; pour l'emploi, 20 mai 1992, G.P.Som.24 déc. 1992, J.C.P. 1992.IV.2774. La Française qui s'est prêtée à un mariage de complaisance avec un étranger encourt les peines prévues à l'art. 21 Ord. 2 nov. 1945, v. Crim. 4 nov. 1992, J.C.P. 1993.IV.485.

(9) L'amende n'est pas encourue si l'étranger est un demandeur d'asile dont la demande n'était pas manifestement infondée (art. 20 bis, II, 2°). Sur l'application du texte aux transports routiers, v. le § III de l'art. 20 bis (mod. L. 24 août 1993). L'art. 35 ter Ord. 2 nov. 1945 (réd. L. 26 fév. 1992, complété par L. 24 août 1993) fait dans certains cas obligation au transporteur de ramener, à ses propres frais, l'étranger à son point de départ. Sur la procédure, v. le D. n. 33-180 du 8 fév. 1993.

d'expulsion conservait sa force. Passant d'un excès à l'autre, la loi du 29 octobre 1981 retira à l'administration le pouvoir de refouler l'étranger se trouvant en France en situation irrégulière, que cette irrégularité soit due à une entrée clandestine qui aurait échappé à la police des frontières ou qu'elle soit survenue postérieurement du fait d'un refus ou non renouvellement d'un titre de séjour. La « reconduite à la frontière », comme on l'appelle depuis 1981, ne pouvait être ordonnée que par la juridiction répressive saisie de l'infraction à la réglementation de l'entrée et du séjour des étrangers. Sinon, l'administration était tenue de régulariser, au moins pour une période de six mois, la situation de l'intéressé[1]. La loi du 9 août 1986, maintenue sur ce point par la loi du 2 août 1989, a restitué à la reconduite à la frontière sa nature de mesure administrative, mais la loi du 10 janvier 1990 a introduit au profit de l'étranger un recours suspensif, maintenu par la loi du 24 août 1993, contre l'arrêté de reconduite à la frontière.

L'article 22 Ord. 2 nov. 1945 (réd. L. 24 août 1993) énumère sept cas de reconduite à la frontière. Il s'agit de l'entrée irrégulière (et non régularisée postérieurement) et du maintien sur le territoire au delà de la durée permise par le document de voyage ou de la validité d'un titre de séjour, ou en dépit du refus, du retrait ou du refus de renouvellement d'un tel titre[2]. Cependant les six premières catégories d'étrangers énumérées par l'article 25, qu'il faut lire en corrélation avec l'article 22, ne peuvent faire l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière (v. art. 25, dern. al.). Ce sont, dans la rédaction de la loi du 24 août 1993, le mineur de 18 ans, celui qui réside habituellement en France depuis qu'il a atteint au plus l'âge de six ans ou régulièrement depuis plus de dix ans (sauf les étudiants), celui qui est marié depuis au moins un an à une personne de nationalité française ou qui est père ou mère d'un enfant français résidant en France, enfin celui qui est titulaire d'une rente d'accident du travail[3].

La décision de reconduite est prise par arrêté motivé du préfet (à Paris, du préfet de police), après que l'intéressé a été mise en mesure d'avertir un conseil, son consulat ou une personne de son choix[4].

165-1. (1) En fait les bonnes intentions du législateur de 1981 s'étaient vite retournées contre l'étranger qu'il voulait protéger. Une loi du 10 juin 1983, modifiant l'art. 471 c. proc. pén. et systématiquement appliquée par les tribunaux, permettait de déclarer la peine principale de reconduite exécutoire par provision, et une loi du 3 janv. 1985 (art. 100) autorisait la juridiction répressive à doubler la peine de reconduite d'une peine d'interdiction du territoire pouvant aller jusqu'à trois ans.

(2) L'art. 22, 5° ajoute la condamnation pour contrefaçon ou falsification de titre de séjour.

(3) Sur l'application dans le temps de ces immunités, v. Crim. 30 janv. 1990, J.C.P. 1990. IV.166. Sur le cas d'un mariage frauduleux, v. Cons. d'État 2 déc. 1992, D. 1993.I.R.11, J.C.P. 1993.IV.222, Cf. *supra*, n. 164-2.

(4) Le manquement à cette obligation est sans incidence sur la légalité de l'arrêté, Cons. d'État 17 déc. 1990, G.P. 1991.2. Pan. dr. adm. 63. Il n'est pas nécessaire que l'intéressé ait été mis à même de présenter des observations écrites, comme l'art. 8 D. 28 nov. 1983 l'exige pour les décisions devant être motivées : le Conseil d'État, après avoir jugé le contraire (11 juil. 1990, D. 1991.68, note Prétot) a finalement déclaré ce texte inapplicable aux décisions de reconduite, le recours suspensif de l'art. 22 bis Ord. 2 nov. 1945 le rendant inutile (Sect. 19 avr. 1991, D. 1991.407, note Prétot, R.F.D.A. 1991.531, obs. Terneyre, J.C.P. 1992.II.21832, note Icard; cf. Reydellet, *Les petites affiches*, 27 mars et 3 avril 1992.

Depuis la loi du 10 janvier 1990 (art. 22 bis Ord. 2 nov. 1945), qui a dû reprendre sur ce point la copie manquée de la loi du 2 août 1989(5), l'arrêté de reconduite à la frontière peut faire l'objet d'un recours en annulation devant le président du tribunal administratif(6). L'innovation est que ce recours est suspensif. En conséquence les délais sont très brefs. Le recours doit être exercé par l'étranger dans les 24 heures suivant la notification de l'arrêté(7) et le président du tribunal administratif doit statuer dans un délai de 48 heures à compter de sa saisine. La procédure est contradictoire et publique. Le jugement du président du tribunal administratif est lui-même susceptible d'appel devant le président de la section du contentieux du Conseil d'État, mais cet appel n'est pas suspensif(8).

Le juge administratif a d'abord contrôlé l'erreur manifeste d'appréciation, notamment sur le point de savoir si la mesure envisagée n'était pas de nature à comporter, pour la situation personnelle ou familiale de l'intéressé, des conséquences d'une exceptionnelle gravité(9). Puis, à la suite d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme(10) ayant jugé qu'une mesure d'expulsion prise contre un étranger établi depuis longtemps dans le pays d'accueil et n'ayant plus guère de lien avec son pays d'origine portait une atteinte disproportionnée à sa vie familiale, protégée par l'article 6 de la convention européenne, le Conseil d'État exerce maintenant un contrôle plénier de proportionnalité, non seulement sur les arrêtés d'expulsion (n. 167-2) mais aussi sur ceux de reconduite à la frontière(11). Les deux types de contrôle coexistent depuis lors, leur domaine n'étant pas identique(12).

165-1. (5) Le législateur avait alors prévu contre l'arrêté de reconduite un recours suspensif devant le président du tribunal de grande instance, mais le Conseil constitutionnel avait vu là une atteinte au principe constitutionnel de la compétence générale du juge administratif dans le domaine de l'annulation des actes de la puissance publique (28 juil. 1989, R. 1989.680).

(6) Sur le tribunal territorialement compétent et sur les règles de procédure, v. le D. 25 janv. 1990.

(7) Délai de rigueur, v. Cons. d'État 20 juil. 1990, G.P. 1991.1. Pan. dr. adm. 10; 22 mars 1991, D. 1991.I.R.113. La brièveté du délai n'est pas contraire à la convention européenne des droits de l'homme, Cons. d'État 22 mars 1991, G.P.1991.2. Pan. dr. adm. 122. Pendant ce délai l'arrêté ne peut être mis à exécution, mais les dispositions de l'article 35 bis (rétention administrative, v. *infra*) peuvent être appliquées.

(8) Mais rien n'empêche le Président de la section du contentieux d'ordonner à la demande de l'intéressé le sursis à l'exécution de l'arrêté, Cons. d'État 29 juin 1990, R. 1990.682, 3e esp., note Turpin, D. 1991.65, note Dugrip, J.C.P. 1991.II.21657, note Guimezanes.

(9) Cons. d'État, 29 juin 1990 (quatre arrêts), R. 1990.682, note Turpin.

(10) 18 fév. 1991, *Moustaquin c. Belgique*, J. 1992.776, note Tavernier, D. 1992.Som.326, obs. Renucci. Cf. Sudre, J.C.P. 1993.I.3654, n. 22.

(11) Cons. d'État (Ass.) 19 avril 1991, *Belgacem* (expulsion) et *dame Babas* (reconduite à la frontière), R. 1991.677, note Turpin, G.P.1992.2.494, note Icart, D. 1991.399, note Prétot, J.C.P. 1991.II.21757, note Nguyen van Tuong. Cf. F. Julien-Laferrière, *Les étrangers ont-ils droit au respect de leur vie familiale* ?, D. 1992.Chr.291.

(12) V., pratiquant le contrôle minimum (erreur manifeste d'appréciation des conséquences sur la situation personnelle de l'étranger), Cons. d'État 20 juil. 1990, préc. (note 7); 29 sept. 1990, D. 1990.I.R.233; 11 oct. 1991, G.P.1992.2. Pan. dr. adm. 79; 27 janv. 1992, G.P.1992.2. Pan. dr. adm. 127; pratiquant le contrôle de proportionnalité de l'atteinte à la vie familiale: 8 et 26 juil.. 1991, G.P.1992.1. Pan. dr. adm. 43; 10 avr. 1992, D. 1992.I.R.148,

L'arrêté de reconduite à la frontière peut être exécuté d'office par l'administration (art. 26 bis, al. 1er Ord. 2 nov. 1945, réd. L. 10 janv. 1990) qui peut même retenir l'étranger, pendant le temps strictement nécessaire à son départ, dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire (art. 35 bis Ord. 2 nov. 1945, réd. L. 6 juil. 1992)(13). Comme en matière d'expulsion(14), l'étranger sera renvoyé dans le pays dont il a la nationalité (sauf si la qualité de réfugié lui avait été reconnue), ou dans celui qui lui a délivré un document de voyage en cours de validité, ou dans tout autre pays s'il établit que sa vie ou sa liberté y seraient menacées (art. 27 *bis* nouveau, Ord. 2 nov. 1945, réd. L. 24 août 1993). Se conformant à la jurisprudence du Conseil d'État(15), la loi du 24 août 1993 indique que la décision fixant le pays de renvoi constitue une mesure distincte de la mesure d'éloignement elle-même (art. 27 ter) et peut faire l'objet d'un recours en annulation, soumis lui aussi à la procédure spéciale de l'article 22 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945(15). Les peines de l'infraction à arrêté d'expulsion sont encourues par l'étranger qui se sera soustrait à une mesure de reconduite à la frontière (art. 27 Ord. 2 nov. 1945, réd. L. 31 déc. 1991, *infra*, n. 168). En cas d'impossibilité d'exécution, la reconduite à la frontière peut, comme l'expulsion, prendre la forme d'une assignation à résidence (art. 28 Ord. 2 nov. 1945, réd. L. 24 août 1993, v. *infra*, n. 168).

L'exécution des mesures de reconduite devrait être facilitée par la conclusion d'accords dits de prise en charge des personnes à la frontière, par lesquels chaque État contractant s'engage à réadmettre sur son territoire ses propres nationaux, ainsi que les ressortissants d'États tiers qui, après avoir séjourné sur leur territoire, ont pénétré irrégulièrement sur le territoire de l'autre(16).

Dans sa décision du 13 août 1993, le Conseil constitutionnel a censuré, pour atteinte aux principes de la légalité et de la nécessité des peines, la disposition prévoyant que la reconduite à la frontière emporterait de plein droit interdiction du territoire pour une durée d'un an à compter de son exécution(17).

J.C.P. 1992.IV.1693; 13 mai 1992, G.P.1992.2.606, Lettre jur. adm.; 31 juil. 1992, G.P. Lettre de jur. adm. 22 déc. 1992.

165-1. (13) Cette rétention administrative est entourée de garanties pour celui qui en est l'objet: information immédiate du procureur de la République, intervention du président du tribunal de grande instance au bout de 24 heures, durée maximum de sept jours en cas de prolongation (à comparer avec les vingt jours que peut durer le maintien en zone d'attente dans les ports ou aéroports, *supra*, n. 163). Le Conseil constitutionnel (13 août 1993) a invalidé la disposition prévoyant la possibilité d'une prorogation de 72 heures du délai de la rétention administrative dans le cas où l'intéressé ne présente pas de document de voyage permettant l'exécution de la mesure d'éloignement. Un nouveau texte est annoncé (sept. 1993). La prolongation est décidée par ordonnance susceptible d'appel non suspensif devant le premier président de la cour d'appel qui doit statuer dans les 48 heures de sa saisine. Sur les modalités procédurales d'application de l'art. 35 bis, v. le D. n. 91-1164 du 12 nov. 1991. Cf. *infra*, n. 168.

(14) Cons. d'État, Ass. 6 nov. 1987, *Buayi*, R. 1988.523, note Turpin, D. 1988.Som.129, obs. Waquet et Julien Laferrière.

(15) Cons. d'État 17 déc. 1990, G.P. 1991.2.Pan.dr.adm.63; 13 fév. 1991, G.P. 1991.2.Pan.dr.adm.91. Sur l'incompétence à cet égard des tribunaux judiciaires, notamment du juge des référés qui ne peut « inviter » l'administration à s'abstenir d'exécuter vers la Turquie l'arrêté d'expulsion d'un Turc, v. Trib. confl. 2 mai 1988, D. 1988.I.R.196.

(16) V. les conventions avec l'Autriche (30 nov. 1962, R. 1963.125), l'Allemagne (22 janv. 1960, R. 1964.147), le Bénélux (25 mai 1964, R. 1964.569), la Suisse (30 juin 1965, R. 1965.797), l'Espagne (8 janv. 1988, R. 1990.570) et l'Italie (6 déc. 1990, R.1993.94).

(17) L'interdiction du territoire est, dans les autres cas prévus par l'Ord. 2 nov. 1945, une peine complémentaire prononcée par la juridiction répressive et qui accompagne une condamnation pour infraction aux règles sur le séjour (art. 19 et 33) ou pour infraction à une mesure d'éloignement (art. 27) ou pour aide au séjour irrégulier d'étrangers en France (art. 21).

La réforme de la procédure de la reconduite à la frontière par la loi du 10 janvier 1990, même aggravée par la loi partiellement censurée du 24 août 1993, est un progrès sensible par rapport aux tâtonnements antérieurs. Elle respecte le principe de la séparation des pouvoirs (à la différence de la loi du 29 octobre 1981) comme celui de la séparation des autorités administratives et judiciaires (à la différence de la tentative manquée d'août 1989). Elle garantit aussi les droits de l'étranger contre l'exécution immédiate d'une mesure illégale (à la différence de la loi du 9 septembre 1986) sans pour autant, grâce à la brièveté des délais, paralyser l'administration. Le poids de la réforme pèse tout entier sur les présidents de tribunaux administratifs dont les moyens doivent être renforcés en conséquence.

166. C) Activités professionnelles. – Les diverses autorisations. La carte de séjour, qui permet à l'étranger de demeurer en France, ne l'autorise pas à y exercer une activité professionnelle. Il lui faut encore obtenir une autorisation administrative, qui s'est longtemps matérialisée par une carte professionnelle. La création des cartes de ce type a profondément transformé la problématique de la condition des étrangers. L'abondant contentieux auquel elles ont donné lieu a montré combien, à l'époque moderne, la réglementation administrative a pris le pas en la matière sur les règles générales de fond (cf. *supra*, n. 160). On a pu parler à ce sujet de l'individualisation de la condition juridique de l'étranger (Savatier, *Cours*, n. 146 et D. 1953.Chr.21).

Il existe actuellement trois catégories d'autorisations professionnelles:

1° La *carte de commerçant étranger*. Un décret du 17 juin 1938 avait cru pouvoir réglementer l'activité commerciale des étrangers en France en la subordonnant à la condition de réciprocité législative (*infra*, n. 180). Bien plus efficacement, le décret-loi du 12 novembre 1938 a préféré le système de l'autorisation administrative individuelle et a institué la carte de commerçant qui a survécu aux changements politiques et législatifs(1). Mais alors qu'en 1938 la carte de commerçant était à la fois un titre de séjour et une carte professionnelle, elle n'est plus, depuis l'institution en 1945 des cartes de séjour, qu'une simple carte professionnelle qui présuppose donc que l'étranger est déjà admis au séjour en France(2). Elle est exigée pour l'exercice de toute activité commerciale, industrielle et artisanale(3) et de toute fonction de direction dans une société(4). La jurisprudence veille à ce que ces dispositions ne soient pas tournées par des étrangers qui dissimuleraient leur activité réelle par l'utilisation d'un prête-nom(5).

La loi du 17 juillet 1984, sans modifier le régime de la carte, en a dispensé les titulaires de la carte de résident, c'est-à-dire plus de la moitié des étrangers établis en France(6). Les conditions de délivrance sont actuellement fixées par la circulaire du 24 oct. 1985(7) qui indique les éléments d'appréciation(8) et énumère les catégories d'étrangers dispensés par traité de la carte(9).

2° Les *autorisations de travail*. L'article L. 341-4 c. trav. reprenant les dispositions de l'ancien article 7 Ord. 2 nov. 1945, subordonne l'exercice en France par un étranger d'une activité professionnelle salariée à l'obtention préalable d'une autorisation de travail. Un décret du 5 juin 1946 avait institué une carte de travail, que l'étranger devait posséder en plus de sa carte de séjour, et dont il existait plusieurs variétés selon l'activité exercée et la durée du séjour. Ce système a été entièrement refondu et simplifié par la loi du 17 juillet 1984. Dans le double but d'alléger la tâche des services administratifs et de diminuer le nombre des démarches et des formalités imposées aux travailleurs étrangers, cette loi a institué le

---

166. (1) Le D. 12 nov. 1938, ainsi que quelques textes ultérieurs (D. 2 fév. 1939, L. 8 oct. 1940) ont été considérés comme maintenus en vigueur après l'Ord. 2 nov. 1945, v. Crim. 30 déc. 1948, R. 1949.311. La solution, douteuse au regard des textes, avait été discutée au lendemain de l'ordonnance du 2 novembre 1945. Elle ne l'est plus aujoud'hui, car de nombreux textes sont intervenus, qui se réfèrent expressément à la carte de commerçant (v. un rappel de ces textes, de la discussion et des principales références dans P. Lagarde, *Rép. Dalloz de dr. int.*, v° *Cartes d'identité*, n. 40; *adde* Ord. 28 août 1969 et D. 27 oct. 1969).

(2) Cf. Cons. d'État 16 avr. 1986, D. 1987.Som.221, obs. Waquet et Julien-Laferrière. Sur la caducité du titre provisoire de séjour en cas de refus de la carte de commerçant, trib. adm. Paris, 18 janv. 1984, G.P. 1984.2.Som.457.

(3) La loi du 10 avril 1954 a subordonné le renouvellement de la carte à l'exécution par l'intéressé de ses obligations fiscales et de sécurité sociale. Sur le régime général de la carte, v. le *J.Cl. de dr. int.*, fasc. 525-B, 3e cahier, par N. Guimezanes, 1987.

166. (4) L'article 5 du D. 2 févr. 1939, mod. D. 27 oct. 1969, énumère les associés tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales, les gérants de sociétés à responsabilité limitée (v. Trib. adm. Lyon 20 juin 1991, G.P.1992.1., Pan. dr. adm. 51), les présidents du conseil d'administration ou du directoire et les directeurs généraux des sociétés anonymes, l'administrateur d'un groupement d'intérêt économique, les directeurs de succursales ou agences en France de sociétés étrangères, les agents commerciaux.

(5) V., pour le gérant de fait d'une société à responsabilité limitée, Crim. 4 juil. 1956, D. 1956.720 ; 2 juil. 1958, G.P. 1958.2.217; Paris 7 oct. 1967, R. 1968.267. Pour un administrateur étranger exerçant en fait les fonctions de président-directeur général, Trib. corr. Seine 7 nov. 1961, R. 1962.287, note Simon-Depitre, J. 1962.998, obs. Sialelli.

(6) V. Regnard, G.P.1985.2.Doct.383.

(7) R. 1986.359. *Adde* la circ. du 23 déc. 1992 (R.1993.347) relative à la délivrance de la carte aux dirigeants étrangers des filiales françaises de sociétés étrangères.

(8) Le refus de la carte doit être motivé, en application de la L. du 11 juil. 1979. La simple indication de la situation économique ne vaut pas motivation (Cons. d'État 16 juin 1989, G.P. 2 juin 1990, Pan. dr. adm.; v. déjà condamnant un refus pour « motifs généraux », Cons. d'État 15 juin 1951, R. 1952.85, note Loussouarn, S. 1951.3.93, note M.L.. Le Conseil d'État contrôle l'absence d'erreur manifeste d'appréciation. Ont été considérés comme justifiés des refus fondés sur une condamnation antérieure pour infraction de droit commun et exercice illégal de la profession de débitant de boissons (31 mars 1989, J.C.P. 1989.IV.213, G.P.1989.2.Som.489), sur le fait par l'intéressé d'avoir vendu des produits périmés et à des prix illicites (10 juil. 1987, J.C.P. 1987.IV.371, G.P. 1988.1.Som.237) ou sur la saturation des marchés dans le secteur considéré (21 oct. 1987, D. 1987.I.R.231, J.C.P. 1988.IV.15). Ont été annulés des refus fondés sur l'absence de qualification professionnelle pour une profession qui n'en exigeait pas (10 juil. 1987, J.C.P. 1987.IV.371, G.P.1988.1.Som.237, petit commerce d'alimentation) ou sur ce que l'étranger était entré en France comme touriste (26 fév. 1988, J.C.P. 1988.IV.157) ou sur une mauvaise connaissance du français (18 nov. 1987, J. 1988.413, note Guimezanes).

(9) En dehors des ressortissants d'un État membre de la Communauté économique européenne, ce sont principalement les Algériens, qui bénéficient d'un régime conventionnel autonome. Sur l'ensemble v. Peuchot, *La carte d'identité de commerçant étranger*, *Rev. du dr. public et de la sc. pol.* 1989, p. 1095-1136.

« guichet unique » (en principe la préfecture de la résidence) et le « titre unique » de séjour et de travail. Elle a donc supprimé formellement les cartes de travail, mais sans remettre en cause la procédure des demandes d'instruction des autorisations de travail ni la dualité des décisions sur le séjour et le travail (v. circ. 21 déc. 1984; au demeurant, la dualité des titres subsiste pour les autorisations provisoires de travail et pour les travailleurs saisonniers, v. art. R. 341-7, C. trav. réd. décr. 4 déc. 1984).

Le nouvel art. L.341-4 C. trav. (réd. L. 17 juil. 1984) maintient donc l'obligation pour l'étranger qui veut exercer une profession salariée en France d'obtenir au préalable une autorisation administrative.

Les conditions de délivrance de celle-ci ont été fixées par le décret nº 84-1079 du 4 décembre 1984 (R. 1985.166), remplaçant les art. R. 341-1 et s. C. trav., et précisées par la circulaire du 21 décembre 1984. L'autorisation n'est accordée en principe qu'à l'étranger venu en France pour y exercer une activité salariée, sur présentation de son contrat de travail visé avant son entrée en France. Elle peut l'être à titre dérogatoire, sur présentation d'un contrat ou d'une promesse de contrat, à l'étranger séjournant régulièrement en France (art. R. 341-3, al. 2 c. trav.). Dans les deux cas, elle se matérialise soit par la mension « salarié » sur la carte de séjour temporaire, soit par la délivrance de la carte de résident, qui confère à son titulaire le droit d'exercer sur l'ensemble du territoire métropolitain toute activité professionnelle salariée de son choix dans le cadre de la réglementation en vigueur (art. L. 341-4, dern. al. et R. 341-2 c. trav.).

Les critères de décision de l'Administration restent fixés par l'art. R. 341-4 C. trav., qui n'a pas été modifié. Le plus important a trait à la situation de l'emploi dans la profession et dans la zone géographique demandées par l'étranger[10]. Le Conseil d'État contrôle la motivation et l'absence d'erreur manifeste d'appréciation des refus fondés sur cette situation[11]. Il faut signaler l'abrogation par la loi du 17 octobre 1981 des mesures de contingentement limitant l'emploi des étrangers (L. 10 août 1932, devenue art. L. 342-1 et s. C. trav.).

L'autorisation de travail est renouvelable sur présentation d'un contrat de travail. Si l'étranger se trouve alors involontairement privé d'emploi, la validité de sa carte de séjour avec la mention « salarié » est prolongée d'un an, au terme duquel, si l'état de chômage persiste, il est statué en tenant compte des droits de l'intéressé à des indemnités de chômage (art. R. 341-3-1 C. trav.). L'intéressé risque donc alors de perdre à la fois son titre de séjour et son autorisation de travail.

3º *Exploitants agricoles*. Enfin, le décret du 13 août 1947 a astreint les *exploitants agricoles* étrangers à la possession d'une carte professionnelle spéciale, actuellement réglementée par le décret du 30 janvier 1954, mais

166. (10) Sur les étrangers auxquels la situation de l'emploi n'est pas opposable, notamment les apatrides et les réfugiés, v. Arr. 14 déc. 1984, R. 1985.161.

(11) V. exigeant une motivation précise et chiffrée, Cons. d'État 22 juin 1988 et 20 mars 1989, G.P.1988.2.740 et 1989.1.414, Lettre de jur. adm.; sanctionnant l'erreur manifeste d'appréciation: Cons. d'État 8 juil. 1988, G.P.1989.1.Som.136, D. 1990.Som.135, obs. Chelle et Prétot (51 offres pour 75 demandes de postes d'ingénieur en logiciel informatique); 2 fév. 1990, G.P.1990.1.268, Lettre de jur. adm. *Adde* la rép. min. R. 1992.359 indiquant qu'en fait les autorisations sont accordées aux étrangers de haute qualification (enseignants universitaires, chercheurs, cadres supérieurs).

provisoirement remplacée par une autorisation d'exploiter délivrée par le directeur des services agricoles du département (Arr. 30 mars 1955)[12].

166-1. Infractions à la réglementation des autorisations professionnelles. – Les infractions à la réglementation des cartes professionnelles font l'objet de sanctions sévères, tant pénales que civiles. Les sanctions pénales frappent d'abord l'étranger lui-même, lorsqu'il se trouve en situation irrégulière. Très légères pour l'exploitant agricole et pour le travailleur étranger (amende de police sanctionnant les infractions aux « règlements légalement faits par l'autorité administrative », D. 23 déc. 1958, art. 26)[1], elles sont plus lourdes pour le commerçant étranger[2]. Dans le cas particulier des infractions à la réglementation de la carte de travail, des sanctions pénales frappent également l'employeur qui, directement ou par personne interposée, engage, conserve à son service ou emploie pour quelque durée que ce soit un étranger non muni d'un titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France (art. L. 341-6 c. trav., réd. L. 10 juil. 1989). La peine est actuellement de deux mois à trois ans d'emprisonnement et de 3000 à 30000 F d'amende (art. L. 364-2-1 c.trav., réd. L. 31 déc. 1991)[3]. L'infraction est intentionnelle, ce qui suppose que l'employeur a eu connaissance de la qualité d'étranger de son salarié[4]. L'employeur est en outre passible d'une contribution spéciale au profit de l'Office des Migrations internationales (art. L. 341-7 c. trav.), qui a la nature de sanction administrative[5].

166. (12) Sur les professions agricoles, v. Guimezanes, *J.Cl. dr. int.*, fasc. 525 B, 4e cahier, 1988.

166-1. (1) Crim. 5 févr. 1958, *Bull. crim.*, 1958, n. 127. Mais l'étranger qui entrerait en France pour y exercer un emploi salarié sans avoir obtenu l'autorisation ministérielle tomberait sous le coup de l'article 19, al. 1er, de l'ordonnance du 2 novembre 1945, qui prévoit une amende et un emprisonnement d'un mois à un an (v. *supra*, n. 165).

(2) Le décret du 12 novembre 1938 prévoit une amende de 360 à 7200 F et (ou) un emprisonnement d'un mois à six mois, auxquels peut s'ajouter la fermeture de l'établissement. La jurisprudence considère qu'il s'agit là d'un délit continu et qu'une décision de relaxe ne fait pas obstacle à de nouvelles poursuites, v. Trib. corr. Seine 4 déc. 1954, R. 1954.778, note Simon-Depitre. Le prête-nom, français ou étranger, est puni comme complice, Crim. 4 juil. 1956, D. 1956.720; Trib. corr. Seine 7 nov. 1961, R. 1962.287; Paris 22 mai 1963, D. 1963.670; 7 oct. 1967, R. 1968.267. Cf. Crim. 29 janv. 1980, J.C.P. 1980.IV.145.

(3) Peines pouvant être portées à cinq ans et 60000 F d'amende en cas de récidive. Auxquelles peuvent s'ajouter des peines accessoires, telles que la confiscation du matériel utilisé, stocké ou produit à l'occasion de l'infraction, à quelque personne qu'il appartienne (art. L. 364-2-2 c. trav. réd. L. 31 déc. 1991). Des peines encore plus lourdes (jusqu'à trois ans et 300000 F d'amende, doublés en cas de récidive) sanctionnent le fait de se faire remettre des fonds en vue ou à l'occasion de l'introduction en France ou de l'embauche d'un travailleur étranger (art. L. 341-7-2 et L. 364-5, réd. L. 31 déc. 1991). Des peines contraventionnelles frappent l'emploi d'un étranger dans une catégorie, profession ou zone autre que celles mentionnées sur son titre (art. R. 364-1) et la non inscription par l'employeur de l'étranger sur le registre unique du personnel (art. L. 620-3, réd. D. 13 mars 1986 et R. 632-1 et 2).

(4) Crim. 1er oct. 1987, D. 1989.Som.209, obs. Fieschi-Vivet, G.P.1988.1.192. La jurisprudence ancienne statuait en sens inverse, v. Crim. 27 mai 1942, *Nouv. Rev. dr. int. privé*, 1944.113, note Tricaud; 23 janv. 1957, R. 1957.451, note Batiffol.

(5) En conséquence le juge judiciaire n'est compétent que sur la validité formelle de la procédure d'exécution, non sur l'existence de la créance, Civ. 16 juil. 1992, J.C.P. Actual.

Les sanctions civiles sont sans doute encore plus graves. La jurisprudence frappe en effet de nullité tous les contrats relatifs à l'exercice de la profession passés par un étranger en situation irrégulière. Pour le commerçant, c'est l'achat de son fonds de commerce ou son bail commercial qui seront annulés[6]. De plus, exerçant illégalement le commerce, il a encouru, en cas de cessation de paiements, sous le régime de la loi du 13 juillet 1967, les sanctions de la faillite personnelle et donc de la liquidation des biens[7]. L'exploitant agricole verra annuler son bail rural[8], mais la jurisprudence a fini par admettre que l'irrégularité pouvait être couverte en cours de bail par la délivrance tardive de l'autorisation d'exploiter[9]. La simple suspension de l'exécution des contrats tant que la situation de l'étranger n'est pas régularisée aurait suffi à répondre au but de la loi[10].

La situation du salarié étranger engagé irrégulièrement est de ce point de vue moins mauvaise. Mettant fin aux hésitations de la jurisprudence[11], la loi du 17 octobre 1981 (art. L. 341-6-1 nouveau c. trav.) assimile cet étranger à un travailleur régulièrement engagé en ce qui concerne les obligations de l'employeur relatives à la réglementation du travail et énumère les avantages pécuniaires auxquels cet étranger a droit au titre de la période d'emploi illicite : salaires et accessoires de celui-ci, en cas de rupture de la relation de travail, indemnité forfaitaire égale à un mois de salaire (sans préjudice d'une situation plus favorable résultant des stipulations contractuelles ou des règles figurant aux articles L. 122-2-1, 122-3-1, 122-8 et 122-9 du Code du travail), et le cas échéant,

---

23 sept. 1992 ; cf. Paris 21 mai 1991, G.P.1992.1.339, Concl. Baechlin. La contribution spéciale, en raison de sa nature, n'est pas susceptible d'amnistie (Cons. d'État 11 mars 1987, G.P.1987.1.320, Lettre de jur. adm., et elle est due nonobstant la relaxe de l'employeur du chef d'emploi irrégulier de main d'œuvre étrangère, dès lors que les faits sont établis (Cons. d'État 5 mai 1986, D. 1988.Som.82, obs. Chelle et Prétot ; 11 mars 1987, G.P.1987.2.Som.513. Sur la nécessité d'une motivation et d'une procédure contradictoire, v. Cons. d'État 9 oct. 1989, G.P.1990.1.Som.271.

166-1. (6) Soc. 19 juil. 1957, J. 1958.1036, obs. Sialelli ; Civ. 11 avril 1962, *Bull. civ.*, 1962.I, n. 212.

(7) Paris 3 juil. 1978, R. 1979.84, note P. Lagarde, J. 1979.139, chr. Kahn ; v. depuis lors la L. 25 janv. 1985, art. 189, 1°.

(8) Soc. 6 fév. 1959, R. 1961.524, note Simon-Depitre ; 24 oct. 1963, R. 1965.530, note M.S.-D. ; Civ. 3e, 16 mai 1972, J.C.P. 1972.II.17224, note Ourliac et de Juglart, R. 1973.48, note P.L. V. de même, en ce qui concerne des conventions d'entreprise pour la culture : Soc. 24 oct. 1963, R. 1965.530, note M.S.-D. ; 9 janv. 1964, *Bull. civ.*, IV, n. 32. Sur le rôle de la carte par rapport aux traités, V. Nancy 4 oct. 1961, R. 1962.54, note Simon-Depitre. *Adde* refusant à un bailleur étranger l'exercice de son droit de reprise au motif qu'il n'avait pas obtenu à la date du congé l'autorisation d'exploiter, Civ. 3e, 4 fév. 1986, G.P.1986.1. Pan. 83.

(9) Civ. 3e, 17 déc. 1970, R. 1971.664, note P. Lagarde ; 29 mai 1974, R. 1975.46, note M. Simon-Depitre, J. 1975.327, chr. Aymond ; 4 nov. 1976, R. 1977.703, note P. Lagarde ; 11 oct. 1977, R. 1978.334, note M.S.-D. ; 22 févr. 1978, R. 1979.Somm.829. Sur le mécanisme de la régularisation, v. la note R. 1977.705.

(10) V. P. Lagarde, R. 1971.667, 1977.705. Comp., sur la sanction du défaut de licence pour l'exercice de la profession de commissionnaire de transport Com. 11 mai 1976, J.C.P. 1976.II.18452, note Rodière.

(11) V. la précédente édition de cet ouvrage et, entretemps, J. Savatier, *Les sanctions civiles de l'emploi de travailleurs étrangers en situation irrégulière, Dr. social*, 1986.424.

indemnité supplémentaire en cas de preuve d'un préjudice non réparé au titre des dispositions précitées[12].

Les syndicats, saisis le cas échéant par les associations de lutte contre les discriminations (art. L. 341-6-3 nouveau), sont habilités à exercer en justice les actions nées en faveur des étrangers embauchés irrégulièrement, même sans mandat de l'intéressé (art. L. 341-6-2 nouveau).

167. D) Expulsion des étrangers. Conditions.

Bien avant les problèmes posés par l'immigration contemporaine, il a été admis que la loi devait, à défaut de contrôle de l'admission des étrangers en France, permettre du moins au gouvernement d'expulser du territoire un étranger indésirable : il ne fait pas partie de la collectivité constitutive en droit de l'État français ; s'il la trouble, l'État se doit de l'exclure. Le droit international public ne le méconnaît pas, tant qu'il s'agit au moins de mesures individuelles (*supra*, n. 159-1).

La Révolution, suivant la pratique de la monarchie, avait prévu l'expulsion par la loi du 28 vendémiaire an VI[1]. Elle fut reprise et organisée par la loi du 3 décembre 1849, puis par le décret du 2 mai 1938 (art. 8 à 11), aujourd'hui remplacé par l'ordonnance du 2 novembre 1945 (art. 23 à 28).

Depuis lors, la loi du 10 janvier 1980, dans le souci de prévenir l'immigration clandestine, avait sensiblement étendu le domaine de l'expulsion en faisant de la situation de séjour irrégulière un motif d'expulsion. Ces dispositions ont été abrogées par la loi du 29 octobre 1981, elle-même remaniée, dans un sens restrictif, par la loi du 9 septembre 1986 puis, dans un esprit plus libéral, par celle du 2 août 1989. Des retouches à nuance restrictive ont encore été apportées par les lois des 10 janvier 1990, 31 décembre 1991 et surtout 24 août 1993.

Les conditions légales de l'expulsion sont désormais rigoureuses et donnent à l'institution un caractère exceptionnel.

Il n'existe plus désormais, comme dans le texte de 1945 à une nuance de rédaction près, qu'un seul motif d'expulsion : la « menace grave pour l'ordre public » constituée par la présence de l'étranger sur le territoire français (art. 23, al. 1er, Ord. 2 nov. 1945, réd. L. 2 août 1989).

L'expulsion ne s'applique qu'aux *étrangers*, non aux Français : un État n'expulse pas ses nationaux, car il se doit à leur bien et les autres États seraient fondés à refuser de les recevoir[2]. L'apatride est naturellement

---

166-1. (12) v. Paris 1984.2.Som.392, *G.P.* 1984.2.Som.392, Panorama dr. du travail). Sur l'ensemble de ces dispositions, v. M. Simon-Depitre, J. 1983, p. 46 à 55. Mais l'étranger perd tout de même, du fait de l'irrégularité de sa situation, l'allocation pour perte d'emploi (Cons. d'État 26 juil. 1989, G.P.1990.1.35, Lettre de jur. adm., ainsi que la protection due, le cas échéant, aux représentants du personnel (Cons. d'État 13 avr. 1988, même réf.).

167. (1) V. sur les textes antérieures le *Rép. La Pradelle et Niboyet*, v° *Expulsion*, par A. Blondel n. 42.

(2) Le Français pendant longtemps a pu néanmoins être banni (art. 32, C. pén.), mais c'était là une peine politique *temporaire* prononcée judiciairement, et qui soulevait des objections au point de vue du droit international public (v. H. Donnedieu de Vabres, *Tr. élém. de dr. crim.*, n. 613 cf. *supra*, n. 159-1). Le Français ne peut non plus, en principe, être extradé. Cf. sur la déchéance de nationalité *supra*, n. 145.

traité comme étranger (art. 1er, Ord. 2 nov. 1945): il ne fait pas partie de la collectivité nationale, bien qu'aucun État n'ait l'obligation de l'accueillir. On verra plus loin (n. 169) comment la loi française a cherché à concilier sur ce point les nécessités de l'ordre interne et la carence de l'ordre international[3].

Le texte nouveau est cependant plus limitatif que celui de 1945 en raison des nombreuses catégories d'étrangers qu'il protège contre les mesures d'expulsion, comme aussi contre les mesures de reconduite à la frontière (v. *supra*, n. 165-1). Une immunité absolue est accordée à cet égard à l'étranger mineur de dix-huit ans, qui ne peut plus, en aucun cas, être expulsé (art. 25, 1° et 26 dern. al.). Bénéficient également d'une immunité contre les expulsions – sauf cette fois en cas de nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou pour la sécurité publique (et même sans urgence absolue, v. art. 26 nouveau) – les étrangers justifiant d'une longue résidence en France (résidence habituelle depuis l'âge de six ans, art. 25, 2°, ou depuis plus de quinze ans, ou résidence régulière depuis plus de dix ans, art. 25, 3°, excluant cependant de l'immunité depuis la loi du 24 août 1993, les étudiants)[4], ceux qui ont des attaches familiales (étranger marié à un conjoint français depuis au moins un an ou ayant au moins un enfant français résidant en France, art. 25, 4° et 5°)[5], ceux qui sont titulaires d'une rente d'accident du travail servie par un organisme français (art. 25, 6°)[6].

La même protection est accordée à l'étranger titulaire d'une carte de séjour régulière «qui n'a pas été condamné définitivement à une peine au moins égale à un an d'emprisonnement sans sursis». Cette disposition, qui comporte quelques exceptions à l'encontre des proxénètes, employeurs irréguliers et «marchands de sommeil», revient à faire d'une condamnation à un an de prison ferme une condition positive de l'expulsion, s'ajoutant à la condition de menace pour l'ordre public.

167-1. Formes de l'expulsion. – L'expulsion est prononcée par arrêté du ministre de l'Intérieur[1]. On conçoit que des pouvoirs aussi graves, tout en étant nécessaires, puissent prêter à l'abus. L'expulsion signifie souvent la misère pour le travailleur qui ne retrouve pas d'emploi à

167. (3) La condition d'extranéité suffit: une étrangère mariée à un Français n'a pu invoquer l'art. 214 ancien, C. civ. lui imposant d'habiter avec son mari pour se soustraire à l'expulsion: Cons. d'État 8 mars 1939, *Nouv. Rev. de dr. int. privé*, 1939.456; on a expulsé le mineur né en France et susceptible de devenir français à sa majorité, même (à l'époque) rétroactivement: Crim. 30 mars 1898, S. 99.1.111.

(4) Les années passées en détention ne sont pas prises en compte, v. Cons. d'État 6 mai 1988, D. 1988.I.R.149, J.C.P. 1988.IV.231. Sur une tendance à exiger que la résidence «habituelle» (art. 25, 2°) soit aussi « régulière » (comme dans le cas de l'art. 25, 3°), v. Cons. d'État 11 mars 1988, D. 1989. Som.116, obs. (critiques) Waquet et Julien-Laferrière.

(5) V. une application, Trib. adm. Strasbourg 12 juil. 1984, G.P. 1985.1.Som.63.

(6) Pour ces derniers cas (art. 25, 3° à 6° inclus), l'immunité disparaît en cas de condamnation à une peine d'emprisonnement ferme au moins égale à cinq ans (art. 25, dern. al. nouveau).

167-1. (1) Dans les départements d'outre-mer, elle peut l'être «par les représentants de l'État» (art. 23, dern. al., Ord. 2 nov. 1945). Des possibilités de délégation de ces pouvoirs au préfet avaient été prévues par la L. 10 janv. 1980.

l'étranger, la ruine pour le commerçant obligé de liquider inopinément son entreprise. Aussi des garanties de procédure ont-elles été accordées à l'étranger. Le décret du 2 mai 1938 avait décidé, malgré la tendance xénophobe de l'époque, que l'expulsion envisagée serait notifiée à l'intéressé, lequel dans la huitaine pourrait demander à être entendu par un délégué du préfet. L'ordonnance de 1945 a maintenu cette mesure et a même substitué au délégué une commission qui est actuellement composée exclusivement de magistrats professionnels, sur le même modèle que la commission du séjour des étrangers (v. *supra*, n. 164-2). Le chef du service des étrangers à la préfecture, qui faisait auparavant partie de la commission, n'y exerce plus que les fonctions de rapporteur et n'assiste plus à la délibération. La commission entend également le directeur départemental de l'action sanitaire et sociale.

L'intéressé, qui doit être convoqué au moins quinze jours à l'avance, peut demander le bénéfice de l'aide judiciaire. Les débats de la commission sont publics, et l'avis de celle-ci est communiqué à l'intéressé, ce qui facilitera, le cas échéant, l'exercice d'un recours contre l'arrêté d'expulsion[2]. Sur la comparution devant la commission, v. le D. 26 mai 1982 et la circ. 2 août 1989, J.O. 8 août, Titre II, § 1.2).

La loi du 29 octobre 1981 avait innové en décidant que l'avis défavorable de la commission lierait le ministre de l'Intérieur et l'empêcherait de prononcer l'expulsion, et ce système avait été étendu par la loi du 2 août 1989 à la commission du séjour des étrangers (*supra*, n. 164-2). Cette innovation, supprimée par la loi du 9 septembre 1986, rétablie par celle du 2 août 1989, a été à nouveau supprimée par la loi du 24 août 1993. Désormais, l'avis de la commission ne lie plus le gouvernement[2].

L'arrêté doit être motivé (L. 11 juil. 1979) et notifié à l'intéressé (D. 18 mars 1946, art. 6).

Ces garanties de procédure peuvent être écartées en cas d'*urgence absolue*[3], sauf pour les mineurs de 18 ans.

L'arrêté d'expulsion peut à tout moment être «abrogé» (pour l'avenir) par le ministre de l'Intérieur. La demande ne peut toutefois en être présentée que si l'étranger ayant fait l'objet de la mesure d'expulsion réside hors de France (art. 28 *bis* nouveau Ord. 2 nov. 1945, réd. L. 24 août 1993). L'article 23, dernier alinéa, de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (réd. L. 29 oct. 1981, rétablie par L. 2 août 1989 mod. L. 24 août 1993)

167-1. (2) L'avis de la commission est communiqué à l'intéressé. Il ne donne pas lieu à recours (Cons. d'État 6 juin 1986, G.P.1987.1.Som.248).

(3) La L. 24 août 1993 (art. 26 nouveau, Ord. 2 nov. 1945) a dissocié l'«urgence absolue», qui permet de passer outre aux garanties de procédure, et la «nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique», qui légitime l'expulsion de certaines personnes protégées pourtant par l'art. 25 (*supra*, n. 167). L'art. 26 a cru utile de mentionner, ce qui va de soi, que si ces deux circonstances sont réunies dans une même espèce, l'expulsion pourra être prononcée par dérogation tant à l'art. 24, 2° qu'à l'art. 25 (v. art. 26, av. dern. al.). La notion d'urgence absolue qui peut dispenser de l'obligation de motivation (art. 4 L. 11 juil. 1979) est autonome par rapport à celle qui dispense de la procédure normale d'expulsion (art. 26 Ord. 2 nov. 1945) et doit faire l'objet d'une appréciation distincte (Cons. d'État, 13 janv. 1988, D. 1989.Som.115, obs. Waquet et Julien-Laferrière, A.J.D.A. 1988.225, concl. Schramek).

étend encore à cette phase le rôle protecteur de la commission des expulsions. Désormais, si la demande d'abrogation est présentée à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de l'exécution effective[4] de l'arrêté d'expulsion, elle ne peut être rejetée qu'après avis de la commission, devant laquelle l'intéressé peut se faire représenter[5]. L'abrogation doit faire l'objet d'un nouvel arrêté du ministre[6], également notifié à l'intéressé (art. 6, D. 18 mars 1946).

167-2. Recours contre l'arrêté d'expulsion. – Le caractère discrétionnaire pour l'administration de la mesure d'expulsion a pendant longtemps paru mettre celle-ci à l'abri de tout recours contentieux, que ce soit devant les tribunaux administratifs[1] ou, à plus forte raison, devant les tribunaux judiciaires[2]. Il n'en est plus de même aujourd'hui.

1° L'arrêté d'expulsion peut être contesté pour illégalité devant la juridiction administrative[3], et le Conseil d'État a notablement étendu la portée de ce contrôle au cours des dernières années[4].

L'illégalité peut d'abord résulter, comme il a toujours été admis, de ce que l'arrêté a été pris à l'encontre d'un Français. En ce cas, et que la contestation soit portée directement devant le tribunal administratif ou, plus tard, devant le tribunal correctionnel à l'occasion d'une poursuite pour infraction à arrêté d'expulsion[5], c'est le tribunal de grande instance qui sera seul compétent pour déterminer la nationalité de l'intéressé[6].

167-1. (4) Le Conseil d'État contrôle cette effectivité, 21 nov. 1986, G.P.1987.2.Som.426, D.1987.Som.188, obs. Llorens; cf. 18 nov. 1988, D. 1988.I.R.301, J.C.P. 1988.IV.412.

(5) Comme pour l'arrêté lui-même, la L. 24 août 1993 a supprimé la nécessité de l'avis *conforme* de la commission. Sur le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation en cas de refus d'abrogation de l'arrêté v. Cons. d'État 4 déc. 1981, G.P. 1982.1.Som.196; 17 mai 1991, G.F. 1991.2.500, Lettre de j. adm.; Trib. adm. Amiens 9 mars 1988, G.P. 1988.2.Som.479. Sur le contrôle de l'atteinte à la vie familiale, Cons. d'État 10 avr. 1992, flash. Dalloz, 30 avril 1992.

(6) Cons. d'État 13 fév. 1987, D. 1987.I.R.48, G.P. 1987.2.Som.514. L'admission dans la légion étrangère n'y équivaut pas, Besançon 9 mars 1892, D.P. 92.2.424. V. cep. pour l'effet d'un sursis administratif à l'exécution de l'arrêté, Crim. 8 janv. 1937, R. 1938.242. L'amnistie est sans conséquence sur l'arrêté d'expulsion pris à la suite de l'infraction amnistiée: Crim. 9 mai 1956 R. 1956.635, note Levasseur; il s'ensuit que l'étrangère expulsée n'est pas devenue française par son mariage, Civ. 29 avril 1965, J.C.P. 1965.II.14346, note Aymond.

167-2. (1) V. Cons. d'État 24 oct. 1952, S. 1953.3.52, note Tixier, et pour les arrêts précédents Aymond, *Rép. Dalloz de dr. int.*, v° *Expulsion des étrangers*, n. 39 et 48.

(2) Crim. 15 nov. 1934, D.P. 1935.1.11, note Donnedieu de Vabres, S. 1936.1.195, R. 1935.122; Crim. 19 oct. 1938, 21 oct. 1938, R. 1938.679.

(3) Le Conseil d'État avait jugé que le tribunal administratif de Paris était compétent à raison du siège de l'autorité dont l'acte est attaqué (26 nov. 1954, R. 1955.493, D. 1955.89); c'est aujourd'hui celui du lieu de résidence de l'intéressé (art. R. 43 C. des tribunaux administratifs, D. 13 juil. 1973). Le délai de recours est prolongé à raison des distances si l'arrêté a été exécuté (Cons. d'État, 11 déc. 1970, cité, *infra*, note 10).

(4) Sur ce renouveau du contrôle du juge administratif, v. Dubouis, R. 1976.301; Distel, D. 1977.Chr.165; Plouvin, *Dr. social*, avril 1977, p. 122; Finkel, *Actual. jur. dr. adm.*, 1978.257. *Adde* Bonichot, *Rev. int. dr. comparé* 1986.689.

(5) Crim. 7 janv. 1882, S. 83.1.143; 20 juin 1882, S. 83.1.144; 10 août 1931, R. 1932.682.

(6) Art. 124, C. nat., v. *supra*, n. 156, texte et note 6.

L'illégalité peut aussi affecter la forme de l'arrêté[7], lorsque, par exemple, les garanties de procédure prévues par les articles 24 et 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ou par un traité international[8] n'auront pas été accordées à l'intéressé. Dans cette hypothèse, le Conseil d'État accepte aujourd'hui de contrôler, non seulement la matérialité[9], mais encore la qualification des faits invoqués par le ministre à l'appui de l'exception d'urgence absolue lui permettant de passer outre à ces garanties[10].

Il a été plus difficile au Conseil d'État d'admettre un contrôle des faits ayant motivé la mesure d'expulsion. Faisant application des règles générales du recours pour excès de pouvoir, la haute juridiction administrative a d'abord admis le contrôle de l'exactitude matérielle des faits ayant motivé l'expulsion[11]. Plus récemment, elle a accepté d'annuler l'arrêté d'expulsion en cas d'« erreur manifeste d'appréciation » de l'administration[12]. Mais la juridiction administrative ne pourrait, sans se substituer à

167-2. (7) Cons. d'État 14 mars 1884, S. 86.3.2; 29 mai 1963, *Rec. Lebon, Table*, v° *Police générale*, p. 946.

(8) Sur les mesures d'expulsion prises à l'encontre d'un ressortissant d'un État membre de la communauté économique européenne, v. *infra*, n. 189-1. Sur des traités anciens, v. Cons. d'État 21 oct. 1936, R. 1937.452, G.P. 1936.2.868; 8 mars 1940, D.H. 1940.135, S. 1941.3.14. Sur l'illégalité de l'expulsion d'un Sénégalais non portée à la connaissance de l'ambassade du Sénégal avant son intervention, v. Trib. adm. Strasbourg 28 janv. 1982, G.P. 1984.1.Som.72. La non-comparution de l'intéressé n'entraîne l'irrégularité de l'arrêté d'expulsion que si elle n'est pas imputable à l'intéressé lui-même. Cons. d'État 16 mars 1984, G.P. 1984.2.Som.458.

(9) Cons. d'État 18 mars 1955, *Rev. jur. et pol. de l'Union fr.*, 1955.405, cond. Laurent, note Flory, J.C.P. 1955.II.8756, R. 1956.54, note Y.L., *Rec. Penant*, 1955.1.67, note de Soto. Le contrôle de l'urgence absolue avait d'abord été refusé catégoriquement par le Conseil d'État (24 oct. 1952, S. 1953.3.51, note Tixier) et *a fortiori* par la Cour de cassation (Crim. 20 déc. 1966, R. 1967.517, note Aymond).

(10) Cons. d'État 16 janv. 1970, R. 1972.61, 1er esp., note Aymond; 11 déc. 1970, *ibid.*, 2e esp., J. 1971.296, note Goldman; 15 fév. 1991, G.P. 1991.2., Pan. dr. adm.90. L'urgence absolue est souvent invoquée pour justifier l'expulsion de condamnés à de lourdes peines et qui sont proches de leur libération. Le Conseil d'État y consent (1er juil. 1987, D. 1988.Som.130, obs. Waquet et Julien-Laferrière; 13 mars 1992, G.P. 12 nov. 1992 Pan. dr. adm.157; 31 juil. 1992, G.P. 29 avr. 1993, Pan. dr. adm.47; 24 mai 1993 D.1993.I.R.175) si du moins le délai entre l'arrêté et l'élargissement du condamné n'est pas trop long, v. Cons. d'État 25 juil. 1986, J.C.P. 1987.IV.6, G.P. 1986.2.Som.463 (délai de 16 mois); 26 sept. 1985, 22 oct. et 21 nov. 1986, D. 1987.Som.270, obs. Waquet et Julien-Laferrière (délai de deux ans). Mais le recours à la procédure normale est alors justifié (Cons. d'État 31 janv. 1986, R. 1986.466, note M. Simon-Depitre).

(11) Cons. d'État 8 mars 1940, préc. (note 8); v. déjà 8 févr. 1939, R. 1939.442.

(12) Cons. d'État 3 févr. 1975, *Pardov*, R. 1976.322, *Actual. jur. dr. adm.*, 1975.131, chr. Franc et Boyon, *Dr. social*, 1975.448 et chr. Colson, p. 445 (entrée et séjour irréguliers en France, absence d'activité et de ressources); 8 déc. 1978, D. 1979.339, 1re esp., concl. Mme Hagelsteen (fausse attestation de résidence pour entrer en France); 22 déc. 1982, G.P. 1983.2.Som.297, R. 1984.Som.667 (poursuites pénales n'ayant entraîné aucune condamnation). Sur la nécessité d'un examen d'ensemble des circonstances de l'affaire et sur ce que « les infractions pénales commises par un étranger ne sauraient, à elles seules, justifier une mesure d'expulsion », Cons. d'État 21 janv. 1977, R. 1977.500, J. 1978.71, 1re esp., note Ruzié, D. 1977.527, note F. Julien-Laferrière, G.P. 1977.1.340, concl. Genevois; 14 oct. 1981, *G.P.* 1982.1.Som.41, R. 1983.Som.685; 24 mai 1989, G.P. 1990.1.Som.55. *Adde* les réflexions de N. Guimezanes sur le thème de l'expulsion, sanction ou mesure de protection, *Mél. Holleaux*, 1990, p. 167 et s. Sur une éventuelle responsabilité de l'Administration en cas d'annulation définitive de l'arrêté d'expulsion exécuté, v. Cons. d'État 23 sept. 1983, D. 1985. Inf.206, obs. Moderne et Bon.

l'administration, se permettre de contrôler la qualification des faits retenus par elle[13]. Il faut toutefois rappeler que le Conseil d'État vérifie maintenant si les mesures d'expulsion (comme de reconduite à la frontière) ne portent pas une atteinte disproportionnée à la vie familiale de l'intéressé (v. les références *supra*, n. 165-1, notes 11 et 12).

Enfin, revenant sur sa jurisprudence antérieure[14], le Conseil d'État s'est reconnu la possibilité, dans le cas où un recours en annulation est pendant le tribunal administratif, d'accorder un sursis à l'exécution de l'arrêté si l'exécution risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables pour l'intéressé, et si les moyens invoqués paraissent sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée[15]. Le décret du 12 mai 1980 avait restitué aux tribunaux administratifs le pouvoir d'ordonner le sursis à l'exécution des mesures d'ordre public relatives à l'entrée et au séjour des étrangers en France (art. R. 96, al. 2, C. trib. adm.). Le décret du 27 janvier 1983 confirme la solution et supprime toutes restrictions au pouvoir des tribunaux administratifs d'ordonner des sursis en matière d'ordre public[16].

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a reconnu aux tribunaux judiciaires répressifs le pouvoir de statuer, par voie d'exception, sur la légalité des arrêtés d'expulsion lorsqu'ils sont saisis de poursuites pour infraction à ces arrêtés[17]. Cette solution, consacrée par le nouveau code pénal (art. 111-5, L. 22 juil. 1992) quoique contraire à la jurisprudence du Tribunal des conflits[18], a permis le développement d'un contentieux judiciaire autonome des arrêtés d'expulsion, qui peut entrer en conflit avec le contentieux administratif des mêmes arrêtés[19]. Le Tribunal des

167-2. (13) V. en ce sens les nombreux arrêts qui refusent de retenir *in casu* l'erreur manifeste d'appréciation: Cons. d'État 20 oct 1976, J. 1977.636, 1re esp. note A. Lyon-Caen; 13 mai 1977, G.P. 1978.2.405, note F. Moderne; 21 janv. 1977, préc. (note 12); 11 juin 1982, D. 1983.I.R.234, obs. Delvolvé, 11 mars 1988, G.P. 27 oct. 1988 Pan. dr. adm. (homicide volontaire); 9 juin 1989, G.P. 1990.1.Som.277 (trafic de stupéfiants).

(14) Cons. d'État 26 nov. 1954, cité note 3. La difficulté vient de ce que le premier juge n'a pas le pouvoir d'accorder le sursis.

(15) Cons. d'État (Ass.) 23 juil. 1974, *Ferrandiz Gil Ortega*, R. 1976.320, J. 1975.324, chr. Aymond, *Actual. jur. dr. adm.*, 1974.423, chr. Franc et Boyon; 18 juin 1976, *Konaté*, D. 1977.38, note Pacteau; 6 juil. 1977, D. 1978.322, note Plouvin, G.P. 1978.I.186, note Flauss; comp. 8 déc. 1978, cité note 12; 27 oct. 1978, G.P. 1979.2.Som.367; sur un cas d'erreur sur la personne de l'expulsé, v. Cons. d'État 22 juil. 1977, G.P. 1978.2.380, note Plouvin; sur le défaut de pouvoir du juge des référés, v. Trib. confl. 3 déc. 1979, D. 1980.I.R.123, obs. Delvolvé.

(16) V. Pacteau, *Contentieux administratif*, 1985, no 272. Sur le sursis à exécution d'un arrêté d'expulsion notifié tardivement, v. Abraham, concl. sur Trib. adm. Versailles 28 mars 1983, *A.J.D.A.* 1983.484. Sur l'admission du sursis en cas de recours sérieux fondé sur la prétendue nationalité française de l'intéressé, Cons. d'État 6 nov. 1981, *G.P.* 1982.I.Som.114, R. 1983.Som.686.

(17) Crim. 21 oct. 1987, R. 1988.291, note Lagarde, D. 1988.58, note Kehrig; 30 oct. 1990, J.C.P. 1991.IV.45; 12 déc. 1990, G.P. 1991.2.Som.281; 4 janv. 1991, J.C.P. 1991.IV.130. *Adde* 25 avr. 1991, J.C.P. 1992.II.21803, note N. Guimezanes.

(18) Trib. conf. 5 juin 1951, *Avranches et Desmarets*, D. 1952.271, S. 1952.3.1, note Auby, J.C.P. 1951.II.6623.

(19) V. la note préc., R. 1988.291, 296 et s.

conflits a cependant récemment rappelé qu'il n'appartenait qu'aux seules juridictions administratives d'annuler un arrêté d'expulsion[20]. A tout le moins conviendrait-il, pour éviter des situations absurdes[21], que les tribunaux répressifs s'inclinent devant la constatation par le juge administratif, juge naturel de la légalité des actes administratifs, de la légalité de l'arrêté d'expulsion.

168. Sanction de l'arrêté d'expulsion. – L'arrêté d'expulsion peut être exécuté par la force (art. 26 bis, al. 1er Ord. 2 nov. 1945, réd. L. 10 janv. 1990). Les règles concernant la détermination du pays de renvoi sont les mêmes que pour la reconduite à la frontière (art. 27 *bis* et 27 *ter* nouveaux, *supra*, n. 165-1). L'expulsé peut même être retenu, « pendant le temps strictement nécessaire à son départ, dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire » (art. 35 bis Ord. 2 nov. 1945, réd. L. 24 août 1993)[1]. Cette « rétention », qui concerne aussi bien l'étranger expulsé que celui qui fait l'objet d'une reconduite à la frontière (no 165-1, note 13), doit résulter d'une décision écrite motivée du préfet, et l'étranger doit être immédiatement informé de ses droits, au besoin par l'intermédiaire d'un interprète.

La rétention est limitée au temps strictement nécessaire au départ de l'étranger. Au bout de vingt-quatre heures, le président du tribunal de grande instance ou un magistrat du siège désigné par lui est saisi. Après audition de l'intéressé et en présence de son conseil, il décide des mesures à prendre, pour une durée maximum de six jours. Le magistrat peut décider par ordonnance la prolongation de la rétention ou, exceptionnellement, l'assignation à résidence après remise à la police du passeport et des pièces d'identité. Cette ordonnance est susceptible d'un appel non suspensif devant le premier président de la cour d'appel qui doit statuer dans les 48 heures devant le premier président de la cour d'appel. Registre est tenu de ces rétentions, pendant la durée desquelles le procureur de la République peut se rendre sur les lieux et l'intéressé demander l'assistance d'un interprète, médecin ou conseil et communiquer avec son consulat ou une personne de son choix (sur la compétence territoriale et la procédure devant le premier président, v. le D. 12 nov. 1991)[2].

167-2. (20) En l'espèce un tribunal correctionnel avait constaté l'illégalité d'un arrêté d'expulsion et invité l'étranger à interroger l'administration sur les mesures qu'elle comptait prendre en conséquence, alors pourtant qu'un tribunal administratif avait reconnu la légalité dudit arrêté. Le tribunal des conflits a reproché au tribunal judiciaire d'avoir fait obstacle à une décision administrative et a approuvé le préfet d'avoir élevé le conflit (Trib. conf. 17 juin 1991, G.P. 1992.2.499, concl. Stirn).

(21) Par exemple celle d'un individu, régulièrement expulsé (selon le juge administratif), qui pourrait revenir en France sans encourir de sanction pénale (le juge répressif considérant de son côté l'arrêté comme illégal) mais serait exposé à une reconduite forcée à la frontière.

168. (1) V. antérieurement, après la circ. 21 nov. 1977, annulée par le Conseil d'État (7 juil. 1978, G.P. 1978.2.486), le D. 9 déc. 1978. Cf. sur l'intervention nécessaire de l'autorité judiciaire, Cons. const. 9 janv. 1980, R. 1980.65, D. 1980.249, note Auby). La rétention antérieure à l'expulsion est illicite et peut donner lieu à poursuites pour séquestration arbitraire (Aix 5 janv. 1977, J.C.P. 1977.II.18728, note Remplin; cf. Crim. 20 fév. 1979, R. 1979.740, note Peiser.

(2) Une intéressante jurisprudence commence à se développer sur cette procédure devant le premier président de la cour d'appel. Tout d'abord, cet appel étant destiné à la protection

Mais cette procédure est en principe exceptionnelle. Normalement, l'expulsé doit quitter de lui-même le territoire français dans le délai qui lui est imparti[3]. S'il y reste, ou s'il y pénètre à nouveau sans autorisation[4] après l'avoir quitté, il est passible d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une peine d'interdiction de territoire pouvant aller jusqu'à dix ans (art. 27, réd. L. 31 déc. 1991).

Le délit d'infraction à arrêté d'expulsion est *continu*: l'expulsé peut être poursuivi à nouveau, si, après une première condamnation, il persiste à demeurer en France[5]. La sévérité avec laquelle ce délit a été réprimé a fait un sort impossible aux apatrides qu'aucun pays n'est tenu de recevoir, et aux exilés politiques auxquels leur pays refuse d'ouvrir ses frontières[6]. C'est pourquoi l'ordonnance du 2 novembre 1945, reprenant une disposition du décret du 17 juin 1938, a décidé que l'étranger expulsé qui « justifie être dans l'impossibilité de quitter le territoire français en établissant qu'il ne peut ni regagner son pays d'origine ni se rendre dans aucun autre pays, peut par dérogation à l'article 35 bis être astreint à résider dans les lieux qui lui seront fixés, et dans lesquels il doit se présenter périodiquement aux services de police et de gendarmerie » (art. 28, réd. L. 24 août 1993). La même mesure peut même être étendue « en cas de nécessité urgente » aux étrangers qui font l'objet d'une proposition d'expulsion. La violation de l'arrêté d'assignation à résidence, succédané

des libertés individuelles, il est réservé à l'étranger expulsé (Toulouse 23 mars 1984, G.P. 1985.1.Som.109, déclarant irrecevable l'appel formé par le préfet). Ensuite, le premier président, en vertu de l'effet dévolutif de l'appel, peut sans violer les droits de la défense statuer par voie d'évocation, au besoin pour prolonger la rétention administrative (Civ. 2e, 31 janv. 1985, J.C.P. 1985.IV.133). Il dispose d'un pouvoir souverain pour apprécier l'opportunité de la rétention (Civ. 2e, 31 janv. 1985, J.C.P. 1985.IV.136) mais en aucun cas sur la légalité de l'arrêté d'expulsion ou de reconduite à la frontière, qui est de la compétence des juridictions administratives (Civ. 2e, 9 oct. 1985, G.P. 1986.2. Pan.139; 29 nov. 1989, D. 1990.I.R.3; 24 oct. 1990, D. 1990.I.R.257; 26 nov. 1990, D. 1991.I.R.3, G.P. 1991.1.Pan 52; 14 déc. 1992, D. 1993.I.R.9), ni même sur la légalité de la rétention elle-même (Civ. 2e, 3 fév. 1988, D. 1989.Som.136, obs. dubitatives Waquet et Julien-Laferrière; 20 av. 1989, D. 1989.I.R.138). Sur le contrôle – succinct – de la motivation, v. Civ. 2e, 31 janv. 1985, G.P. 18 juin 1985, Som.124, obs. Guinchard).

168. (3) Sur le point de départ de ce délai en cas d'incarcération de l'expulsé, v. Cons. d'État 14 oct. 1981, R. 1985.Som.685.

(4) Cette condition de l'absence d'autorisation permet de considérer comme caduque une ancienne jurisprudence considérant le délit consommé du seul fait de la présence en France, même pour répondre à une convocation du juge d'instruction (Crim. 15 nov. 1934, D. 1935.1.11, note H. Donnedieu de Vabres, R. 1935.122). *Adde* d'autres références dans la précédente édition de cet ouvrage.

(5) Crim. 20 oct. 1932, S. 1935.1.33, note Hugueney, R. 1932.683; 15 mars 1990, G.P. 1990.2.Som.536. Sur l'application de la procédure de flagrant délit, v. Crim. 22 mai 1970, D. 1970.464; 20 déc. 1972, G.P. 1973.1 Som.97.

(6) Le cas a été cité d'un Italien refoulé par les autorités fascistes qui a été condamné 29 fois, et en vingt ans a passé neuf ans et huit mois en prison: il avait été expulsé primitivement à la suite d'une condamnation à vingt-quatre heures de prison pour attentat à la pudeur (Fatou, *Nouv. Rev. de dr. int. privé*, 1936.276). L'expulsion de France est cependant considérée comme un obstacle de force majeure à y rentrer, au moins si le gouvernement en a refusé l'autorisation: Recq. 27 avril 1937, S. 1937.1.230.

de l'expulsion, est sanctionnée de la même peine d'un emprisonnement de six mois à trois ans, mais l'expulsion reste possible[7].

La présence en France, en dépit d'un arrêté d'expulsion, est encore sanctionnée indirectement, en ce sens qu'elle ne peut être invoquée à l'appui d'une acquisition de la nationalité française (art. 79 nouveau c. nat., 21-27 c.civ., réd. L. 22 juil. 1993). L'expulsion a également entraîné la perte de la qualité de résident au sens du contrôle des changes[8].

169. Traités internationaux. – Des traités bilatéraux ont introduit une formalité utilement protectrice de l'expulsé: la cause de l'expulsion sera communiquée avant son exécution aux agents diplomatiques ou consulaires chargés de la protection diplomatique de l'expulsé, qui seront ainsi à même de présenter toutes observations opportunes[1]. En outre, l'exécution matérielle de la décision d'expulsion est parfois facilitée par des conventions de « prise en charge des personnes à la frontière », qui obligent l'État national de l'expulsé à le recevoir[2].

Un effort plus général a été tenté par la Société des Nations en faveur des *réfugiés* (principalement russes et arméniens, ultérieurement les exilés politiques). Après l'arrangement du 30 juin 1928 qui se bornait à une simple recommandation[3], la convention du 28 octobre 1933 a disposé (art. 3) que les réfugiés ne seraient pas expulsés; mais la réserve de *l'ordre public* laissait toute liberté à l'administration de chaque pays, et c'est bien ainsi qu'il en a été jugé en France[4]. La convention du 28 juil-

168. (7) Cons. d'État 8 mars 1940, D.H. 1940.135, S. 1941.3.14. Comp. Crim. 30 avril 1980, J.C.P. 1980.IV.260. L'assignation à résidence est en effet une mesure provisoire qui ne modifie pas la situation juridique résultant de l'arrêté d'expulsion (Cons. d'État 13 nov. 1985, D. 1986.I.R.144, obs. Llorens, et 280, 2e esp. obs. Waquet et Julien-Laferrière), sauf en ce qu'elle rend impossible la commission du délit d'infraction de séjour en France (Crim. 18 sept. 1991, G.P. 1992.1.Som.47). L'appréciation de sa légalité est liée à celle de l'arrêté d'expulsion (Crim. 11 déc. 1991, J.C.P. 1992.IV.1031). Sur le choix de la résidence assignée, v. la rép. min. R. 1990.187.

168. (8) V. Paris 30 mai 1974, R. 1975.420, note M. Simon-Depitre.

169. (1) La clause figure notamment dans plusieurs traités d'établissement conclus avec les nouveaux États d'Afrique; mais l'urgence « absolue » justifiera une exécution immédiate, simplement notifiée (v. R. 1960.244; 1961.216; 1964.566). *Adde* accord France-Congo sur les droits fondamentaux des nationaux, du 1er janv. 1974 (décr. 3 fév. 1982 R. 1982.410), art. 8; conv. d'établissement France-Mali 11 fév. 1977 (décr. 8 mai 1981, R. 1981.555), art. 12. L'accord franco-tunisien du 17 mars 1988 (R. 1989.400) réserve l'application des lois des deux États sur l'expulsion (art. 11). De même, implicitement, l'accord franco-algérien du 27 déc. 1968, art. 10 (décr. 18 mars 1969, R. 1969.334).

(2) V. *supra*, n. 165-1, note 16. Les traités d'établissement sont interprétés comme ne soustrayant pas leurs bénéficiaires à la réglementation administrative des étrangers en France. V. pour le traité franco-suisse du 23 févr. 1882, Cons. d'État 13 mai 1977, G.P. 1978.2.405, note F. Moderne; 4 nov. 1977, G.P. 1978.1.Somm.137.

(3) R. 1928.694. V. Cons. d'État 8 mars 1940, D.H. 1940.135, S. 1941.3.14; cf. Crim. 17 déc. 1937, G.P. 1938.1.297.

(4) Paris 30 janv. 1937, D.H. 1937.228; 4 nov. 1937, R. 1938.57. V. le texte de la convention R. 1934.266; pour sa mise en vigueur R. 1937.281, 339. L'article 32 de la convention de 1951 réserve aux États « le droit d'appliquer telle mesure d'ordre interne qu'ils jugeront opportune aux réfugiés » dans l'impossibilité de quitter le territoire, et l'arti-

let 1951 réserve aussi l'ordre public (art. 32). Mais la loi du 25 juillet 1952, conformément à l'article 32, ouvre au réfugié menacé d'expulsion la possibilité de présenter une requête à la Commission de recours de l'office des réfugiés, laquelle donnera son avis après avoir entendu le requérant et son conseil. La même procédure est ouverte en cas de refoulement (reconduite à la frontière).

Les ressortissants des États membres de la Communauté économique européenne bénéficient d'un régime dérogeant sur plusieurs points au droit commun, *infra*, n. 189-1.

SECTION II. – *Les droits reconnus aux étrangers.*

170. Distinction des droits civils et des droits politiques. – Aux termes de l'article 7 du Code civil (réd. L. 26 juin 1889): «l'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques, lesquels s'acquièrent et se conservent conformément aux lois constitutionnelles et électorales». Cette distinction est de grande portée quant à la condition de l'étranger. Du point de vue du fond, d'abord, l'évolution historique a montré (*supra*, n. 9 et s.) que le rapprochement progressif de la condition de l'étranger et de celle du national a rencontré moins d'obstacles de principe dans le domaine des droits civils, c'est-à-dire, *lato sensu*, en droit privé, que dans celui des droits politiques. Si en effet l'unité foncière de la nature humaine, toujours pressentie, affirmée par le christianisme, soulignée par les exigences du commerce international, a conduit à reconnaître à l'étranger les droits indispensables à l'homme en tant que tel, c'est-à-dire le bénéfice du droit privé, celui du droit public ne s'est pas imposé avec la même nécessité. En tant que le droit public organise la

cle 31 de la convention du 28 septembre 1954 sur les apatrides reprend la même disposition. C'est la justification dans l'ordre international de l'assignation à résidence instituée en 1938. L'expulsion du réfugié reste possible sous le régime de l'ordonnance du 2 nov. 1945: Cons. d'État 21 oct. 1949, S. 1950.3.72; 9 juin 1989, G.P. 1990.1.Som.277; v. pour l'application de la procédure d'urgence absolue contre des réfugiés (Basques espagnols) Cons. d'État, 7 janv. 1987, D. 1987.274, note Pambou-Tchivounda; 17 mai 1991, G.P. 1992.1.Pan. dr. adm. 43, sans possibilité d'exercer un recours suspensif devant la commission des recours (Cons. d'État 24 juil. 1987, G.P. 1987.2.573, Lettre jur. adm.). La peine d'interdiction du territoire peut aussi être prononcée contre un réfugié, v. Crim. 11 fév. 1987, D. 1988.Som.131, obs. (critiques) Waquet et Julien-Laferrière. Le protocole de La Haye du 12 avril 1930 relatif à l'apatridie décide que l'État dont l'apatride a été ressortissant avant de perdre sa nationalité est tenu de le recevoir à la demande du pays de séjour s'il a subi une condamnation à un mois de prison. Ce texte n'a pas été mis en vigueur (cf. l'arrangement fr.-belge du 21 oct. 1938 R. 1938.679), mais la convention du 28 septembre 1954 (R. 1960.640) sur le statut des apatrides reprend (art. 31) la disposition prévue pour les réfugiés par la convention du 28 juillet 1951. Le traité franco-espagnol du 7 janv. 1862 dispose (art. 17) que l'Espagne rapatriera à ses frais les vagabonds destinés à être expulsés que les autorités françaises auront remis à ses agents diplomatiques ou consulaires. Cf. dans un sens analogue l'arrangement avec la Grande-Bretagne du 24 juil. 1933, R. 1934.515.

chose publique, il paraît concerner l'individu d'abord dans la mesure où celui-ci fait partie de l'organisation politique, ce qui n'est précisément pas le cas de l'étranger, si on définit les nationaux comme la population constitutive en droit de l'organisation étatique.

D'autre part, du point de vue de la méthode d'interprétation des textes, la distinction établie par l'article 7 du Code civil implique aussi que les règles générales posées par les articles subséquents, principalement par l'article 11, ne valent que pour les droits civils. Et, dans ce sens, il sera montré que si, dans le domaine du droit privé, les étrangers bénéficient aujourd'hui, en principe, de tous les droits qui ne leur sont pas refusés par une disposition expresse, ils ne se voient au contraire reconnus, dans le domaine des droits politiques, que ceux qui leur sont spécialement accordés par un texte.

§ 1. Les droits civils.

171. Généralités. – L'évolution historique avait conduit à rapprocher de plus en plus vers la fin de l'ancien régime la condition de l'étranger et celle du national en droit privé (n. 14). Le droit d'aubaine restait en substance la seule différence. Il fut supprimé «pour toujours» par la loi du 6 août 1790 au nom des «principes de fraternité», et la suppression fut confirmée par la Constitution de l'an III(1).

Le Code civil, ici comme ailleurs, réagit contre la générosité des formules nouvelles, mais moins sans doute au nom d'une prudence traditionnelle que par ressentiment contre l'hostilité de l'Europe à la France révolutionnaire. Il parut que l'octroi des droits civils aux étrangers pouvait être en principe total, mais devait être subordonné à la condition de réciprocité diplomatique au profit des Français: c'est la substance de l'article 11, seul texte général en la matière.

Cette équité apparente recouvrait en réalité une grave régression, car elle déniait, prise à la lettre, la jouissance de tous les droits privés à l'étranger dont le pays n'aurait pas conclu de traité à cet effet avec la France. La simple réciprocité législative à laquelle on avait d'abord songé aurait été beaucoup moins rigoureuse: il aurait suffi que le droit réclamé par l'étranger existât dans la législation de son pays et pût y être réclamé par les Français, sans que la conclusion d'un traité eût été nécessaire. Mais un traité parut plus sûr et plus clair. Seulement la jurisprudence a été amenée, dans ces conditions, à élaborer sur l'article 11 un important travail d'interprétation.

D'autre part les articles 726 et 912 ressuscitaient le droit d'aubaine. Il fut, il est vrai, aboli à nouveau, et cette fois définitivement, par la loi du 14 juillet 1819. Mais l'évolution ultérieure, se ressentant des problèmes posés par l'immigration et l'accroissement de la solidarité nationale avec

171. (1) V. Garaud, *La Révolution et l'égalité civile*, 1953; sur l'évolution du droit d'aubaine à la fin de l'ancien régime, v. Lainé, *Capacité successorale des étrangers*, thèse Paris, 1900; Carmet, *op. cit.* (*supra*, n. 159, note 1), pp. 110 et s.

l'extension des fonctions de l'État, a vu réapparaître des lois dont le bénéfice est refusé aux étrangers. Il y a donc lieu d'examiner l'article 11 du Code Civil, puis les textes postérieurs, enfin les traités.

A. – *L'article 11 du Code civil.*

172. Système général du Code civil. – L'article 11 du Code civil énonce que: *«l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Francais par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra».*

La condition de réciprocité ainsi posée crée donc deux catégories d'étrangers: les étrangers privilégiés, qui bénéficient d'un traité, et les étrangers ordinaires, qui n'en bénéficient pas. Mais le Code civil en créait une troisième dans l'article 13 aux termes duquel «l'étranger qui aura été autorisé par décret à fixer son domicile en France y jouira de tous les droits civils». La division tripartite ainsi instituée devait permettre au gouvernement de mesurer les faveurs que l'opportunité conseillerait: les traités octroieraient certains droits civils aux ressortissants d'un pays déterminé, l'admission à domicile les accorderait tous à des individus déterminés.

En fait ce système général n'a pas tenu. D'une part l'admission à domicile n'a pas créé une véritable catégorie d'étrangers privilégiés; elle n'a été pratiquement sollicitée et obtenue que par des candidats à la naturalisation, qu'elle permettait d'obtenir plus rapidement (n. 112), et est donc restée une situation purement provisoire; elle a finalement été abolie par la loi du 10 août 1927, abrogeant l'article 13 du Code civil. D'autre part l'utilité des traités a été sérieusement limitée par la jurisprudence intervenue sur l'article 11.

En effet l'article 11 pris à la lettre refusait aux étrangers non bénéficiaires de traités la jouissance de l'ensemble des droits civils. Cette régression de plusieurs siècles était trop contraire à la conviction acquise que la personnalité civile de l'étranger doit être reconnue pour pouvoir se maintenir. Des efforts doctrinaux sont issus successivement trois systèmes d'interprétation de l'article 11 sur lesquels la jurisprudence a eu à se prononcer.

173. Les trois interprétations successives. 1º Système de Demolombe. – Le premier système est dû à Demolombe, il a également été soutenu par Marcadé. Le «prince de l'exégèse» se refuse naturellement à lire dans l'article 11 autre chose que son sens grammatical: les «droits civils» refusés à l'étranger ordinaire sont l'ensemble des droits reconnus par les lois civiles(1). Pour échapper aux conséquences de ce point de départ Demolombe recourt à un procédé bien caractéristique aussi de l'exégèse: il cherche les textes particuliers où le législateur aurait manifesté la volonté de déroger au principe ainsi posé. Il en est d'exprès, telle la loi du 14 juillet 1819 reconnaissant aux étrangers le droit de transmettre et de recueillir à cause de mort. Mais il existe aussi des dérogations implicites, par exemple en matière de nationalité: les articles 12 et 19 règlent la nationalité de l'étrangère qui épouse un Français et de la Française qui épouse un étranger, impliquant au profit de l'étranger le droit de contracter mariage. Il s'en trouve également en matière de conflits de lois: l'article 3 soumettant à la loi française les immeubles sis en France «même possédés par des étrangers» implique l'admission des étrangers à jouir en France du droit de propriété...

On rend donc au fond d'une main ce qu'on enlevait de l'autre, procédé qui laisse peu de valeur au respect professé pour la lettre de l'article 11. Et on le rend d'une manière accidentelle et irrationnelle difficile à accepter. Les solutions soi-disant implicites auraient dû être interprétées comme s'appliquant à des étrangers *ayant obtenu la jouissance des droits civils* par un traité ou par l'admission à domicile, car elles règlent la nationalité ou des conflits de lois, et non la jouissance des droits. Le résultat consiste à reconnaître à l'étranger une série de droits établie sans autre raison que des accidents de rédaction des textes. L'article 3 vise les immeubles: *quid* des meubles?

174. 2º Système d'Aubry et Rau. – Aubry et Rau (I, § 78) considèrent, avec Zachariae, juriste allemand dont l'œuvre est à l'origine de leur célèbre *Cours de droit civil*, que l'expression «droits civils» dans l'article 11 doit être interprétée à la lumière des idées reçues vers la fin de l'ancien régime. Or nos anciens auteurs opposaient les «facultés de droit civil» aux «facultés du droit des gens», les premières étant seules refusées aux étrangers. La plus importante était d'ailleurs le droit de succession à cause de mort; la Révolution l'ayant rendu aux étrangers, les rédacteurs de l'article 11 ont entendu réagir contre cette générosité mais sans toucher au principe acquis que l'étranger jouit des facultés du droit des gens; les travaux préparatoires sont en ce sens(1).

---

173. (1) V. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, I, n. 240; Marcadé, *Eléments du dr. civil fr.*, 2e éd., I, p. 117. Les arguments de texte jouaient naturellement avec abondance: l'article 8 énonce que «tout Français jouira des droits civils», entendant évidemment par là l'ensemble du droit privé; même sens dans la rubrique du chapitre «de la jouissance des droits civils», dans l'article 13 octroyant la jouissance de «tous les droits civils» à l'étranger admis à domicile.

174. (1) Portalis déclare effectivement: «Il est pourtant des droits qui ne sont point interdits aux étrangers: ces droits sont tous ceux qui appartiennent bien plus au droit des gens qu'au droit civil, et dont l'exercice ne pourrait être interrompu sans porter atteinte aux diverses relations qui existent entre les peuples» (Locré, I, p. 330). Siméon au Tribunat oppose aussi le droit civil au droit «naturel ou général»; les successions appartiennent au premier, les contrats, la propriété au second (Locré, II, p. 246-247). Pothier écrivait déjà dans son *Traité des donations entre vifs* (sect. I, art. II, § 1er); «non seulement les Français, mais les étrangers, sont capables de recevoir des donations entre vifs; et en cela, les donations diffèrent des legs, et la différence est fondée sur ce que les donations entre vifs sont du droit des gens, auquel les étrangers participent; au lieu que les legs sont de droit civil, qui n'est fait que pour les citoyens». V. dans Villers, *Rec. de la Sté Jean Bodin*, X, 1958, un schéma de la distinction

Comment dès lors définir les deux catégories? Aubry et Rau, se référant à la tradition, voient dans les facultés du droit des gens celles qui «découlent du droit naturel ou qui se trouvent de fait généralement admises» par les nations «policées», dans les facultés de droit civil les institutions artificiellement créées par les législations particulières. Le mariage ou la propriété répondent, par exemple, à la première définition; l'adoption, au contraire, est une création artificielle propre à certaines législations; l'hypothèque légale de la femme mariée est une de ces mesures que n'impose aucunement le droit naturel et qui n'existe pas partout. L'étranger n'en jouira donc point.

Le système a exercé une grande influence. Il paraît exact en tant qu'il attribue aux auteurs de l'article 11 une distinction reçue dans l'ancien droit, exprimée assez clairement dans les travaux préparatoires, et répondant à une nécessité du commerce international amplement éprouvée par l'expérience. Mais sa définition de la distinction est impraticable. En effet, comme l'a souligné Lerebours-Pigeonnière, toute institution relève de la loi naturelle quant au but qu'elle poursuit, et de particularités propres à une législation quant aux modalités en lesquelles elle s'incarne. Le mariage répond en substance à une loi de nature, et cependant sa réglementation varie considérablement d'une législation à l'autre. L'adoption satisfait à un instinct éminemment naturel de dévouement, ce qui ne l'empêche pas de recevoir des organisations très diverses.

Il semblerait qu'Aubry et Rau, malgré leurs réserves à cet égard(2), se soient ressentis de la théorie peu à peu mise en faveur aux XVIIe et XVIIIe siècles qui voit dans le droit naturel un modèle parfait de législation. Il y a donc des institutions conformes au droit naturel et d'autres qui, sans lui être contraires, lui sont cependant étrangères, étant l'œuvre propre d'un législateur déterminé. Mais selon la tradition qui remonte à Aristote et a été développée par saint Thomas d'Aquin, l'idée de loi naturelle ne donne directement que des principes tels que le respect de la vie ou des biens d'autrui ou la fidélité à la parole donnée, principes d'une généralité trop grande pour répondre par eux-mêmes aux besoins infiniment complexes d'une société donnée. Il faut donc d'une part déduire de ces principes des applications propres aux problèmes plus particuliers qui se posent, et d'autre part arrêter, en fonction de ces principes et des conclusions qui en sont déduites, des solutions plus précises encore et relativement artificielles pour répondre aux besoins de sécurité et de prévision qu'engendre la vie sociale. Mais ces solutions précises ne peuvent être réputées étrangères à la loi naturelle, car celle-ci, pour prendre l'exemple d'une précision comme celle de l'âge de la majorité, s'oppose à ce qu'un enfant soit tenu par une parole donnée sans conscience de ses conséquences: les dispositions les plus particulières convergent vers une fin dont la loi naturelle donne les voies nécessaires dans leur généralité. La quasi-totalité des dispositions d'une législation concernent une société nettement caractérisée par sa situation dans le temps et dans l'espace et doivent donc incarner les préceptes généraux en des règles particulières adaptées à l'histoire et à la géographie.

Le système d'Aubry et Rau ne se prête donc pas à une application satisfaisante: ou on verra du droit naturel partout parce que toute loi raisonnable doit être en accord avec la loi naturelle par son but, ou on n'en verra nulle part parce que toute loi s'incarne en des dispositions propres à un pays donné. Les quelques exemples proposés par les célèbres civilistes illustrent facilement cette conclusion.

175. 3o Système de Demangeat et Valette. – Un troisième système dont on trouve l'origine dans Zachariae, mais qui a été vulgarisé par Demangeat (*Histoire de la condition des étrangers*, 1844, n. 56) et soutenu par Valette (*Explication du Code civil*, 1859, p. 407), retient le point de départ d'Aubry et Rau : l'expression «droits civils» dans l'article 11 doit s'entendre comme dans l'ancien droit par opposition au droit des gens. Mais Demangeat se sépare d'Aubry et Rau dans sa définition des droits civils. Pour lui les rédacteurs du Code civil n'ont jamais eu en vue sous ce vocable que le seul droit civil retenu finalement comme tel dans l'ancien droit, savoir le droit de succession à cause de mort. On se l'explique psychologiquement et on le vérifie textuellement dans le fait qu'ils ont pris soin de spécifier pour ce seul droit (art. 726 et 912) dans quelle mesure, différente d'ailleurs de celle de l'ancien droit, ils le refusaient aux étrangers. Mais l'interprète est dès lors fondé à considérer que les droits civils refusés aux étrangers par opposition aux facultés du droit des gens sont *ceux qu'un texte exprès désigne comme tels*.

C'est la conclusion exactement opposée à celle de Demolombe, et elle se recommande naturellement des avantages qui manquaient à cette dernière: elle répond aux besoins du commerce international, de plus en plus pressants, elle satisfait le sentiment de l'unité foncière de la nature humaine, elle consacre l'évolution juridique des siècles précédents. Sur la théorie d'Aubry et Rau elle a l'avantage de la précision: le juge trouve la solution écrite dans la loi et il appartient au législateur de prendre parti clairement. Aussi n'est-il pas surprenant quelle ait rallié pratiquement l'ensemble des auteurs modernes(1).

176. Conclusion. – Cette position doctrinale paraît fondée. La lettre du Code civil appelle sans doute une interprétation plus large de l'expression «droits civils », mais l'état des idées juridiques à l'époque rend éminemment vraisemblable l'interprétation de Demangeat et jette au moins le doute sur l'intention réelle des auteurs de l'article 11. Il est possible qu'ils aient admis implicitement la conception d'Aubry et Rau, tout en pensant pratiquement, comme le soutient Demangeat, au seul droit de suc-

---

dans l'ancien droit: dans le droit des gens, le mariage, les contrats consensuels romains, les donations; dans le droit civil l'adoption, la garde des enfants (*patria potestas*...), la tutelle, voire la prescription (*usucapio*). Zachariae avait enseigné le droit civil en Rhénanie (à Bonn), où le Code Napoléon resta en vigueur, comme on sait, jusqu'en 1900.

174. (2) V. le passage cité par Bonnecase, *La pensée juridique française*, I, pp. 536-537; et sur les observations qui suivent, H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, 1979, pp. 148 et s., 202 et s.

175. (1) V. Niboyet, II, n. 721; Maury, *Rép. Dalloz dr. civil*, 1re éd. n. 32; Surville, n. 120; Despagnet et de Boeck, n. 41; Weiss, p. 222; P. Mayer, n. 985 Loussouarn et Bourel, n. 694; Holleaux, Foyer et de La Pradelle, n. 152; Audit, n. 1066.

cession. Quoi qu'il en soit, nous ne pensons plus, comme à l'époque de l'exégèse, être nécessairement liés par l'intention effective des rédacteurs du Code civil, et ce d'autant moins que cette intention est en fait douteuse ; il nous suffit d'attribuer au texte une interprétation compatible avec sa teneur, si elle est justifiée par les données du problème à résoudre : c'est ce que des auteurs contemporains dénomment « l'interprétation opérative »[1]. Le législateur a d'ailleurs usé d'une formule relativement souple permettant les adaptations nécessaires.

Il importe d'observer que cette position est généralement admise aujourd'hui en droit comparé, sous la réserve fréquente du droit d'acquérir des immeubles, ignorée cependant du droit français[2].

177. Position de la jurisprudence. – On peut considérer que la jurisprudence a suivi une évolution assez parallèle à celle de la doctrine. Les arrêts les plus anciens ont refusé aux étrangers le droit à *l'adoption* [1], la protection du *nom commercial* [2] pour la raison que les textes ne leur en attribuaient pas le bénéfice. C'est le système exégétique de Domolombe. Mais l'arrêt des Chambres réunies de 1848 amorce déjà l'évolution ultérieure en ajoutant que la loi sur le nom commercial a exclusivement pour but « de protéger l'industrie nationale »[3].

C'est en effet par la suite au système d'Aubry et Rau que se rattachent manifestement les arrêts tant dans leurs solutions que dans leurs motifs

176. (1) V. H. Batiffol, *op. cit.* (*supra*, n. 174, note 2), p. 237.

(2) V. Verdross, *Cours de l'Acad. de dr. int.*, 1931.III.354 ; et plus spécialement pour les *États-Unis*, P. Herzog, *Immigration et condition des étrangers dans le droit des États-Unis*, R. 1972.205, spéc. 238 et s., qui doute de la constitutionnalité de ces règles discriminatoires ; pour l'*Allemagne* Mueller, Weitzel et Weisner, *Fremdenrecht*, 1955 (l'art. 88 L. introd. a simplement donné aux Länder le droit de subordonner l'acquisition des immeubles au consentement de l'État, mais il n'en a pas été fait usage) ; en *Italie*, le principe d'assimilation posé en 1865 (art. 3) a été maintenu par le nouveau Code civil « sous la condition de réciprocité et sauf les dispositions contenues dans les lois spéciales » (art. 16) ; v. Biscottini, *Dir. amministrativo internazionale*, t. II, 1966, pp. 121 et s. sur le mode d'appréciation de la réciprocité. V. aussi, pour l'assimilation sauf réciprocité, laquelle revêt des formes diverses, *Autriche*, C. civ. 1811, art. 33 ; *Portugal*, C. civ. 1967, art. 14 ; *Tchécoslovaquie*, L. 4 déc. 1963, art. 32. Cf. l'art 4 du nouveau Code civil *grec* et v., pour l'*Argentine*, W. Goldschmidt, R. 1955.305. Déjà à Athènes la propriété foncière était réservée aux citoyens (Will. *Le monde grec et l'Orient*, I, p. 417). En *Belgique*, l'article 128 de la constitution assimile l'étranger au national « sauf les exceptions établies par la loi » (Rigaux et Fallon, *Droit international privé*, II, 1993, n. 593 et s.). *Adde* l'art. 11 c. civ. belge, purgé par la L. 15 déc. 1980 de la condition de réciprocité (Rigaux et Fallon, II, n. 716). V. de même en *Hongrie*, D.-L. 1979, art. 15 ; en *Roumanie*, L. 25/1969, cf. Anghel, J. 1971.541 ; en *Pologne*, L. 12 nov. 1965, art. 8 ; en *U.R.S.S.*, Principes de droit civil, art. 122 ; au *Pérou*, C. civ. 1984, art. 2048 (R. 1986.192). Sur les restrictions à l'acquisition de la propriété immobilière, v. Peisse, G.P. Doctr.1979.1.67 ; au *Maroc*, v. Decroux, J. 1978.563 ; en *Suisse*, v. Dubler, R. 1985.605. La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 énonce que « chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique » (art. 6). Cf. Fattal, *Le statut légal des non-musulmans en pays d'Islam*, 1958.

177. (1) Civ. 5 août 1823, S. 23.1.353.

(2) Cass. réun. 12 juil. 1848, S. 48.1.418, concl. du proc. gén. Dupin.

(3) On lit déjà dans Civ. 7 juin 1826, S. 26.1.330 « que l'adoption n'appartient ni au droit naturel ni au droit des gens ». V. aussi Req. 22 nov. 1825, S. 26.1.142.

qui font état de l'opposition du droit civil au droit des gens. C'est ainsi notamment que par deux arrêts des 3 et 5 juillet 1865 (S. 65.1.441) la Chambre civile a reconnu aux étrangers le droit d'accomplir, de manière générale, des actes de commerce en France, en vertu « du droit des gens dont il dérive ». Cf. *infra*, n. 672.

Mais il est remarquable que la distinction n'a été utilisée à l'encontre de l'étranger au nom du droit civil *stricto sensu* que dans deux cas, celui de l'hypothèque légale des incapables et celui de l'usufruit légal des père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs. *L'hypothèque légale* a été refusée aux étrangères par plusieurs arrêts énonçant « que l'hypothèque légale au profit des femmes mariées ne relève pas du droit des gens, qu'elle est une création de la loi positive »[4]. L'influence d'Aubry et Rau qui avaient précisément pris cet exemple (3e éd., I, 1856, p. 272) paraît manifeste, sans d'ailleurs justifier pour autant la solution. Celle-ci paraît bien applicable, par ses motifs, à l'hypothèque légale des mineurs[5]. Il faut aussi considérer, malgré les doutes qui ont été émis à cet égard[6], que *l'usufruit légal des père et mère* sur les biens de leurs enfants mineurs a été refusé aux étrangers, semble-t-il, par la Cour de cassation[7]. Mais le caractère effectivement peu rationnel, et probablement anachronique, de cette institution dans le droit civil français, aussi bien d'ailleurs que les inconvénients des hypothèques légales pour les tiers avant 1955, ne suffisent pas à justifier ces solutions : les juges n'ont pas à exprimer leur désapprobation des lois par le refus de les appliquer aux étrangers ; la limitation de la catégorie à ces deux seuls cas signifiait suffisamment son caractère artificiel[8].

Il faut ajouter que les droits civils qualifiés tels plus anciennement, sous l'influence de l'école exégétique, ont été reconnus aux étrangers par des lois postérieures : loi du 26 novembre 1873 pour le nom commercial (sous condition de réciprocité cependant), loi du 19 juin 1923 pour l'adoption[9]. Finalement il n'a subsisté en droit positif que les deux exemples précités de « droits civils » définis par la jurisprudence.

177. (4) Req. 27 janv. 1903, D.P. 1903.1.249, S. 1904.1.81. V. déjà Civ. 20 mai 1862, S. 62.1.673 ; Civ. 4 mars 1884, S. 84.1.273 ; et pour l'octroi de l'hypothèque aux Italiennes à raison du traité franco-sarde de 1760, Civ. 5 févr. 1872, S. 72.1.190 ; Civ. 5 nov. 1878, S. 79.1.126.

(5) V. en ce sens Civ. 5 févr. 1872, S. 72.1.190 ; les cours d'appel l'ont compris ainsi. V. Amiens 18 août 1834, D.P. 35.2.153, S. 35.2.481 ; Rennes 30 août 1845, D.P. 46.2.164, S. 45.2.606 ; Seine 12 juil. 1883, G.P. 83.2.289 ; cf. Gand 4 juin 1846, S. 47.2.36 ; v. cep. Grenoble 19 juil. 1849 ; S. 50.2.261 (motifs) ; Bourges 4 août 1874, S. 75.2.69 accordant aux mineurs étrangers hypothèque sur les biens de leur tutrice française au motif que la tutelle était régie par la loi française.

(6) V. Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn, n. 248 *bis* ; comp. Loussouarn et Bourel, n. 697.

(7) Civ. 14 mars 1877, S. 78.1.25.

(8) La distinction a aussi joué un rôle dans le refus de la tutelle aux étrangers. Mais l'argument principal était le caractère prétendu public de cette charge (n. 183-1).

(9) On peut aussi mentionner que l'incompétence des tribunaux français, entre étrangers se fondait entre autres arguments sur ce que le droit d'agir en justice était un droit civil. L'évolution ultérieure a éliminé peu à peu cette incompétence (n. 672).

Le droit français s'est donc orienté vers la troisième interprétation de l'article 11 qui ne voit de droits civils refusés aux étrangers que là où le législateur en a expressément décidé ainsi. Cette orientation a été confirmée par la méthode du législateur moderne qui a pris soin, à maintes reprises (v. *infra*, n. 178 et s.), de spécifier que les droits qu'il instituait bénéficiaient aux seuls Français.

Les motifs des arrêts ont assez tôt exprimé cette évolution. Dès 1875 la Chambre civile accordait aux étrangers le droit d'exercer la tutelle des mineurs de leur famille au nom du droit naturel, mais aussi parce « qu'on ne trouve dans nos lois aucune disposition qui exclue de ces charges de famille les père et mère ou autres ascendants étrangers »[10]. En 1895, la solution est généralisée aux matières commerciales classées dès 1865 dans le droit des gens : il faut un texte exprès pour refuser un droit aux étrangers[11]. Entre les deux guerres, le refus exprès de certains droits aux étrangers par les lois sur les loyers a bien obligé les tribunaux à leur accorder ceux sur lesquels les mêmes lois étaient muettes[12]. Les mesures d'après guerre sur la réintégration de certains locataires (Ord. 14 nov. 1944), l'annulation des actes de spoliation (Ord. 21 avril 1945) ont été entendues dans le même sens[13]. Finalement la Cour de cassation a pris position en 1948 dans une formule générale affirmant à propos de l'ordonnance du 21 avril 1945 sur les spoliations *« qu'il est de principe que les étrangers jouissent en France des droits qui ne leur sont pas spécialement refusés »*[14]. L'adverbe « spécialement » vise assurément un texte écrit : c'est tout le sens de l'évolution, et il a été confirmé par l'arrêt du 22 décembre 1959[15] selon lequel le refus doit résulter d'« une disposition expresse ». Il est légitime de remettre au législateur l'appréciation des intérêts généraux qui justifient l'exclusion des étrangers ; une telle appréciation implique des discriminations pour lesquelles l'impérativité et la précision de la loi écrite sont opportunes[16]. La solution nouvelle

177. (10) Civ. 16 févr. 1875, S. 75.1.193, note Labbé.

(11) Civ. 18 juil. 1895, S. 95.1.305, note Lyon-Caen ; v. aussi Civ. 1er août 1893, S. 95.1.41.

(12) V. Com. sup. cass. 30 juin 1928, D.H. 1928.435, G.P. 1928.2.271. En 1923 la Cour de cassation reconnaît aux étrangers le droit de bénéficier des moratoires institués en temps de guerre, évidemment faute de texte en sens contraire, car nulle institution n'est plus « civile » et moins « naturelle » (Civ. 23 avril 1923, S. 1923.1.280, J. 1924.415, R. 1924.40). La Cour se fonde d'ailleurs sur ce que les moratoires avaient été institués en raison de la désorganisation des services judiciaires et des offices ministériels... V. par contraste la loi du 21 août 1936 accordant des délais de paiement à certains débiteurs qui exclut de son bénéfice les étrangers résidant en France depuis moins de cinq ans et ne pouvant invoquer la réciprocité de fait.

(13) Paris 10 déc. 1945, R. 1947.105 ; Soc. 28 nov. 1946, R. 1947.118, note Monneray.

(14) Civ. 27 juil. 1948, D. 1948.535, R. 1949.75, note H.B. V. aussi pour le droit de reprise du bailleur à ferme étranger Soc. 30 juil. 1948, R. 1949.649 ; pour la loi du 4 sept. 1943 sur la stabilisation des fermages, Soc. 11 mars 1949, R. 1950.50, note Y.-L. La formule avait été donnée dans sa généralité par les cours d'appel de l'A.E.F. (22 févr. 1922, S. 1923.2.41, note Niboyet) et de Paris (10 févr. 1928, G.P. 1928.2.535).

(15) D. 1960.93, note Holleaux, J.C.P. 1960.II.11580, R.1960.361, note Terré, J. 1961.420, note Goldman.

(16) On a suggéré (Francescakis, R. 1953.647) que cette évolution transposait au plan législatif la distinction du droit civil et du droit des gens. Mais l'esprit de cette distinction tel

rend caduques les décisions anciennes qui ont refusé sans texte aux étrangers l'hypothèque légale et l'usufruit des père et mère[17].

B. – *Les textes postérieurs.*

178. Généralités. Dispositions du Code civil et du Code de procédure civile. – Après avoir posé le principe de l'article 11, le Code civil établissait à l'encontre de l'étranger deux incapacités notables, celle de recueillir une succession *ab intestat* et celle de recevoir à titre gratuit entre vifs ou à cause de mort (art. 726 et 912). Ces deux incapacités, qui ressuscitaient le droit d'aubaine aboli par la loi du 6 août 1790[1], ont été abrogées par la loi du 14 juillet 1819 qui a institué, à titre compensatoire, *le droit de prélèvement* ; ce droit, étant devenu en jurisprudence une véritable règle de conflit de lois, sera étudié avec les conflits de lois en matière de successions (n. 647)[2].

En matière procédurale l'institution par l'article 16 du Code civil de la caution *judicatum solvi* était une autre rigueur à l'égard des étrangers, aujourd'hui abolie (n. 698)[3].

Enfin le Code civil portait en matière de *domicile* des dispositions qui ont conduit logiquement, sinon heureusement, la jurisprudence à refuser à l'étranger le droit d'avoir un *domicile* en France jusqu'à la loi en sens contraire du 10 août 1927. L'importance de la question et ses oscillations, même depuis 1927, appellent une étude particulière.

D'autre part à une époque récente une série de lois, exprimant des influences diverses, ont établi des différences nouvelles entre la situation

qu'il a été exprimé par Aubry et Rau est-il celui qui inspire le législateur dans les exclusives qu'il porte ? Il ne le semble pas.

177. (17) V. Civ. 25 févr. 1981, *Bull. civ.*, I, n. 72, R. 1982.Som.739 (adjudication d'un immeuble) ; 31 janv. 1984, R. 1984.638, note Lequette, J. 1985.444, note Légier (hypothèque légale des époux) ; Paris 10 févr. 1988, D. 1988.I.R.74 (baux d'habitation).

178. (1) Sous une forme différente d'ailleurs : l'ancien droit s'opposait aussi à ce que l'étranger *laissât* une succession, prohibition qui correspondait seule à une utilité plausible (v. *infra*). La faculté de tester fut octroyée à l'étranger en faveur de ses enfants si certains de ceux-ci étaient regnicoles et pour les legs d'aliments. V. Folain-Le Bras, *Un projet d'ordonnance du chancelier d'Aguesseau*, pp. 61 et s.

(2) Le caractère éphémère de la résurrection du droit d'aubaine par le Code civil montre la force des idées génératrices de cette évolution : elles ont éliminé, avec raison sans doute, la considération que le droit d'aubaine s'opposait à l'établissement stable en France de l'étranger non naturalisé. L'institution du droit de prélèvement ne marque guère que la tendance permanente à ménager les transitions.

(3) Aux rigueurs indiquées au texte, on peut ajouter le refus aux étrangers, de la *cession de biens* par l'art. 905, anc. C. proc. civ. On sait qu'au siècle dernier la jurisprudence a déduit des art. 14 et 15, C. civ. l'incompétence des tribunaux français entre étrangers, invoquant la distinction du droit civil et du droit des gens. Mais ce n'était là qu'une déduction, éminemment contestable, de ces textes qui ne disent rien de tel. V. *infra* aux conflits de juridictions, n. 671.

des Français et celle des étrangers. Les unes concernent pour des motifs divers l'exercice de certaines professions; les autres procèdent plus ou moins de l'idée que l'étranger ne doit pas participer au bénéfice des lois qui impliquent une certaine solidarité: il s'agit essentiellement des lois sur les baux, tant d'habitation que commerciaux et ruraux, et sur la sécurité sociale.

179. Domicile. – Alors que l'ancien droit avait, non sans discussions, reconnu à l'aubain le droit d'avoir un domicile dans le royaume[1], la jurisprudence a nié au siècle dernier le droit de l'étranger à avoir un domicile en France en se fondant sur deux textes du Code civil qui lui ont paru concordants, d'une part, l'article 13 aux termes duquel «l'étranger *qui aura été autorisé par décret à fixer son domicile en France* y jouira de tous les droits civils», d'autre part, l'article 102 énonçant que «le domicile de *tout Français*, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement». La première de ces dispositions impliquait, ont pensé les tribunaux, que l'étranger n'a de domicile en France que s'il a reçu l'autorisation d'en établir un; la seconde confirmait que le domicile n'est déterminé par le principal établissement qu'en ce qui concerne les Français.

Le résultat, même logique eu égard au sens obvie de l'article 13, n'en était pas moins fâcheux. Le domicile correspond à un fait dont la loi tire des conséquences de droit. Refuser un domicile en France à l'étranger qui y avait son principal établissement revenait à nier un fait qui d'évidence existait.

Aussi la position de la jurisprudence n'a-t-elle pu être maintenue. Il a bien fallu décider que l'étranger ne pouvait exciper de l'incompétence du tribunal devant lequel il était poursuivi sous prétexte qu'il n'avait pas de domicile en France[2], que les significations pouvaient régulièrement lui être adressées à son domicile «de fait»[3] que ce «domicile» justifiait l'assujettissement aux impôts[4], la mise en faillite[5], l'attribution de la nationalité française à la majorité (*supra*, n. 105), l'application de la loi française aux effets du mariage des étrangers «domiciliés» en France lors de leur mariage[6]. Ces solutions ont généralement été fondées sur ce que la simple résidence suffisait à justifier les résultats auxquels elles aboutissaient[7], mais cette excuse médiocre signifiait qu'en fait les tribunaux avaient reconnu le domicile des étrangers en France. Le refus de principe conservait par accident un sens grâce à *deux* applications, sans plus. La première concernait les successions mobilières: celles-ci n'étaient pas gouvernées par la loi française quand l'étranger décédé établi en France n'y avait pas été admis à domicile[8]; on en verra ultérieurement les raisons (n. 636). La seconde visait le domicile des domestiques : ils n'étaient pas domiciliés chez leur patron si celui-ci était un étranger non admis à domicile; ce modeste résultat était sans grande conséquence, même avant 1927[9].

Mais il s'est trouvé que l'application des lois étrangères aux successions mobilières des étrangers décédés domiciliés en France est apparue comme un contre-sens dans un pays d'immigration. Il ne restait donc à peu près rien de positif en faveur du principe ancien. La loi du 10 août 1927, en abolissant l'admission à domicile par l'abrogation de l'article 13, a fait justice d'un système qui n'aurait jamais dû voir le jour. Négligeant la suggestion paradoxale de voir dans cette réforme la suppression pour l'étranger de tout moyen d'acquérir un domicile en France, la Cour de cassation en 1939 a soumis à la loi française la succession mobilière de l'étranger dont le principal établissement était en France et ce nonobstant le texte inchangé de l'article 102 C. civ.[10].

Le décret du 12 novembre 1938 a cependant décidé (art. 1er) que les étrangers ne pourraient invoquer les droits subordonnés au domicile en France que s'ils avaient obtenu un permis de séjour de plus d'un an. Ce texte a été heureusement abrogé par l'ordonnance du 2 novembre 1945, dont le silence sur ce point permet de conclure que l'étranger acquiert un domicile en France dans les mêmes conditions qu'un Français[11]. La théorie d'un «*domicile international*», développée par Niboyet (I, n. 507 et s.) envisage le domicile de l'étranger comme une concession de l'État; conçue avec la préoccupation de voir dans le domicile un lien politique, substitué à la nationalité pour la détermination du statut personnel, cette construction peut s'appuyer sur des précédents historiques non négligeables[12], mais elle s'éloigne de ce qui a paru l'évolution désirable du droit positif[13]. Si on ne peut exclure l'éventualité d'une exigence plus grande dans la preuve que l'étranger a eu l'intention effective de fixer son établissement hors de son pays d'origine, il ne peut s'agir que de questions d'appréciations de fait, non de définition de droit[14].

---

179. (1) V. Villers, *Rec. de la Sté Jean Bodin*, X. p. 143.

(2) V. parmi les anciens arrêts Civ. 8 therm. an X, S. 03.1.368; Civ. 27 juin 1809, S. 09.1.413; Req. 20 août 1811, S. 11.1.362: la solution se trouvait dans l'ordonnance de 1667, titre 2, art. 7. Denisart dit (vº *Aubaine*, § 7, n. 24) que la déclaration de fixer son domicile équivalait, selon certains, aux lettres de naturalité, ce qui serait en harmonie avec l'interprétation qui nous a paru désirable de l'art. 13. Les arrêts ultérieurs ne se comptent plus. V. entre autres Req. 15 juin 1909, D.P. 1912.1.209, note de Boeck, S. 1911.1.81, note Naquet.

(3) Civ. 2 juil. 1822, S. 22.1.413; Civ. 28 juil. 1902, D.P. 1902.1.398, S. 1907.1.114, G.P. 1902.2.239.

(4) Cons. d'État 13 mai 1852, S. 52.2.479.

(5) Req. 24 nov. 1857, D.P. 58.1.85, S. 58.1.65; Civ. 4 févr. 1885, D.P. 85.1.159, S. 86.1.200, J. 86.83.

(6) V. pour le régime matrimonial Req. 15 juil. 1885, S. 86.1.225, G.P. 85.2.745 et les arrêts cités *infra*, n. 620; pour une légitimation en 1912, Civ. 19 mars 1973, R. 1975.72 et la note.

(7) Noter cependant Req. 7 juil. 1874, S. 75.1.19 où la compétence du tribunal du domicile de l'étranger défendeur est fondée sur ce que «l'autorisation du gouvernement ne s'impose pas à l'étranger comme une condition préalable de l'établissement de son domicile en France, mais comme un moyen d'assurer les effets de cet établissement relativement aux droits civils dont il veut se procurer la jouissance». Cet intéressant arrêt qui adoptait la thèse ci-dessus développée, contraire à la jurisprudence antérieure, paraît être resté isolé. V. l'arrêt *Forgo* cité à la note suivante, et, par contraste, Civ. 23 juil. 1855, S. 56.1.148, regardant l'assignation d'un étranger admis à domicile comme l'effet de sa jouissance des droits civils...

(8) C'est la solution du premier arrêt *Forgo* (Civ. 5 mai 1875, S. 75.1.409) rendu dans une affaire célèbre aussi pour d'autres raisons, lequel maintenait en même temps, et de manière très caractéristique, la compétence des *tribunaux* français sur la succession d'un étranger décédé domicilié *de fait* en France.

(9) Il est curieux qu'il ait occupé plusieurs fois la Cour de cassation, surtout en matière électorale, laquelle ne concernait à l'époque que les hommes... V. Civ. 5 mai 1909, D.P. 1913.1.503, S. 1912.1.525; Civ. 1er avril 1912, D.P. 1913.1.503, S. 1912.1.228; Req. 23 avril 1925, S. 1927.1.57.

(10) Civ. 19 juin 1939, *Labedan*, D.P. 1939.1.97, note L.P., S. 1939.1.308, note Niboyet. V. de même pour le domicile déterminant la compétence judiciaire, Civ. 21 juin 1948, *Patiño*, J.C.P. 1948.II.4422, note P. L.-P., R. 1949.557, note Francescakis, S. 1949.1.121, note Niboyet; 30 oct. 1962, D. 1963.109, note Holleaux, R. 1963.387, note Francescakis.

(11) Sur l'utilisation d'un titre de séjour comme indice d'un domicile de l'étranger en France, v. Civ. 2e, 3 juin 1964, D. 1966.4, note Malaurie.

(12) V. la note Francescakis, R. 1949.557.

(13) V. en ce sens Loussouarn et Bourel, n. 276.

(14) V. d'ailleurs Civ. 17 juil. 1963, D. 1964, Som.20; cf. *infra*, n. 641; *adde* Francescakis, *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1962-1964. Sur l'ensemble de la question, v. le *Rép. Dalloz de dr. int.*, vº *Domicile*, par Malaurie.

180. Activités professionnelles. – Une série de lois ont réglementé à partir de la fin du siècle dernier l'activité professionnelle des étrangers en France[1].

Une mesure générale, mais de simple recensement, était déjà intervenue dans la loi du 8 août 1893. Le décret du 17 juin 1938, allant beaucoup plus loin, interdit aux étrangers d'exercer en France une activité commerciale ou industrielle si les Français ne sont pas admis à exercer la même profession dans leur pays. La règle a été étendue aux professions artisanales par la loi du 8 octobre 1940. Ces précautions générales paraissent superflues dans un système qui permet à l'administration par l'octroi ou le refus des titres de séjour et des autorisations professionnelles, de contrôler l'entrée et l'activité des étrangers. Bien plus, l'important n'est pas que les Français soient évincés ou non d'une profession donnée à l'étranger, mais que cette profession ait ou non besoin en France de représentants. Au surplus les traités prévoyant la réciprocité en la matière sont fort nombreux : le décret du 17 juin 1938, pourtant sanctionné pénalement, n'a pratiquement pas joué ; c'est par la carte de séjour et les cartes professionnelles (*supra*, n. 164 et s.) que s'effectue le contrôle de l'activité professionnelle étrangère[2].

Un grand nombre de textes enfin ou ont interdit aux étrangers l'exercice de certaines professions ou l'ont subordonné à différentes conditions, par exemple de réciprocité ou d'autorisation. Il en est de même en ce qui concerne la protection des brevets d'invention (L. 2 janv. 1968 devenue art. L. 611-1 c. prop. intellectuelle), des marques de fabrique et de commerce (L. 4 janv. 1991, art. 36, devenu art. L. 712-11 c. prop. int.; *Adde* D. 30 janv. 1992) et du nom commercial (n. 177) : la réciprocité législative est exigée pour les étrangers non domiciliés en France. La réserve de la réciprocité ne revient pas au droit commun de l'article 11, C. civ. quand elle est simplement *législative* et non *diplomatique* : il suffit alors que la loi étrangère porte une disposition analogue applicable aux Français, sans qu'on exige un traité qui lui donne le caractère d'une obligation internationale pour l'État cocontractant ainsi que le prévoit l'article 11. L'absence d'une telle obligation explique qu'on parle aussi de réciprocité de fait dans le premier cas, de droit dans le second[3]. Ces

180. (1) V. Josserand. *La renaissance des droits civils*, chr. D.H. 1937.72.

(2) V. en ce sens la rép. min., R. 1948.367.

(3) Le problème de savoir si la teneur de la loi étrangère justifie ou non l'admission de la réciprocité soulève cependant les mêmes difficultés dans les deux cas ; elles seront examinées à propos de la réciprocité diplomatique (n. 186-2).

Les conventions sur les *réfugiés* de 1933, 1938 et 1951 et la convention des Nations Unies du 28 septembre 1954 sur les *apatrides* (publiée par le D. 4 oct. 1960, R. 1960.640) contiennent à leur profit la dispense de la condition de réciprocité législative. Sur le sens de cette dispense, v. Sarraute et Tager, *Le nouveau statut international des réfugiés*, R. 1953.245-262 ; Maury, *Rép. Dalloz de dr. civ.*, 1re éd. vo *Étranger*, n. 164 et s. ; Sarraute, *Rép. Dalloz de dr. int.*, vo *Réfugié ; adde* Goldman, *Réflexions sur la réciprocité en droit international privé, Trav. Com. fr. de dr. int. privé*, 1962-1964, pp. 61 et s. ; v. pour son application, Pau 12 juin 1950, R. 1950.600 ; Trib. pensions Seine 3 juil. 1953, R. 1953.577, note Monneray ; Paris 20 mars 1954, R. 1954.774, note Sarraute et Tager ; Soc. 14 juin et 21 nov. 1957, R. 1958.763 ; Trib. Pontoise 19 janv. 1961, R. 1962.726 ; la note de Mme Simon-Depitre, R. 1963.267 ; Orléans 27 avril 1967, D. 1967.457 ; Civ. (3e ch.) 29 oct. 1968,

mesures s'expliquent parfois par la crainte de l'influence étrangère (comme pour l'enseignement, l'imprimerie, la presse), ou de l'incompétence (dans le cas de plusieurs professions libérales), le plus souvent par un souci plus ou moins convaincant de police ou de protection professionnelle contre la concurrence (les métiers de la mer en sont le plus ancien exemple)[4].

181. Baux d'habitation, commerciaux et ruraux. – L'idée que certaines lois impliquent une solidarité à laquelle l'étranger ne participe pas a parfois été avancée pour justifier certaines mesures restrictives.

En matière de baux d'habitation, la loi du 1er avril 1926 avait exclu les étrangers, aussi bien les locataires que les bailleurs, du bénéfice de ses dispositions[1]. La loi du 1er septembre 1948 n'a maintenu l'exclusive qu'en ce qui concerne le droit de reprise du propriétaire, ce qui revenait à accorder désormais le droit au maintien dans les lieux au locataire étranger[2], dans la crainte sans doute qu'il ne devienne un locataire plus désirable pour les bailleurs[3]. Les lois récentes (22 juin 1952, 23 déc. 1986 et 6 juil. 1989) ne font plus de distinction entre Français et étrangers.

Les étrangers sont de même exclus du bénéfice de la législation sur les baux commerciaux, sauf exceptions (anciens combattants, enfants français). Cette exclusion, qui remonte à la loi du 30 juin 1926 et qui est passée dans l'article 38 du décret du 30 septembre 1953, est d'autant plus difficile à justifier que la « propriété commerciale » (c'est-à-dire le droit au renouvellement du bail commercial sauf indemnité d'éviction) est expliquée par l'idée que le locataire commerçant a créé par son activité une valeur économique objective dont il ne doit pas être injustement privé.

Le statut du fermage est également refusé aux preneurs étrangers à moins que leurs enfants ne soient français (art. L. 413-1 code rural).

Ces restrictions aux droits des étrangers dans ces trois catégories de baux sont cependant écartées en cas de réciprocité législative, ainsi qu'il résulte de la loi non abrogée du 28 mai 1943[4].

J.C.P. 1969.II.15786, 2e esp., note Ourliac et de Juglart, J. 1969.630, note Simon-Depitre ; sur ce que la dispense de la réciprocité législative ne se confond pas avec la dispense de réciprocité diplomatique, v. Civ. (2e ch.) 13 avril 1967, R. 1968.55, note Sarraute. Il a été jugé que les réfugiés non apatrides peuvent aussi invoquer les traités passés par leur pays : Trib. com. Seine 14 mai 1954, J.C.P. 1954.II.8356, note Sarraute et Tager. Sur l'assimilation des réfugiés aux nationaux par la Convention universelle sur le droit d'auteur, v. R. 1955.804.

180. (4) Cf. C.J.C.E. 4 avril 1974, D. 1974.717, note Pacteau, J.C.P. 1974.II.17863, note Ruzié. V. le *J.-Cl de dr. int.*, fasc. 525-B, n. 74, et 2e cahier, n. 24 par M. Simon-Depitre, et *infra*, n. 183-1 pour les professions concernant un service public. Cf. le *Rép. Dalloz de dr. civ.*, 2e éd. vo *Étranger*, par Maury et Lagarde, n. 90-181, qui donne une liste alphabétique des professions réglementées ou interdites.

181. (1) V. de même les D. 26 sept. 1939, art. 25 et 1er juin 1940. Sur les difficultés résultant du jeu des traités en la matière, v. n. 40 et 186-2.

(2) Soc. 14 nov. 1952, R. 1953.572. Cf. Paris 10 fév. 1988, D. 1988.I.R.74.

(3) V. Francescakis, R. 1948.648. Pour une mise au point, à partir notamment des traités internationaux conclus par la France, de la situation des diverses catégories d'étrangers au regard des diverses catégories de baux, v. Revillard, *Droit international privé et pratique notariale*, 3e éd. 1993, n. 477 et s.

(4) Sur la question de l'équivalence des lois étrangères en matière de baux, v. *infra*, n. 186-2 et sur l'ensemble des droits étrangers en la matière, H. Gaudemet-Tallon, *Rép. Dal-*

en France (art. R. 421-13 C. des assurances, réd. D. 14 mars 1986)(6). Depuis une loi du 6 juillet 1990, le droit à réparation des *victimes d'infractions*, subordonné antérieurement à la condition de réciprocité ou à la possession de la carte de résident privilégié, est étendu aux étrangers en séjour régulier au jour des faits ou de la demande(7). Une résidence habituelle et régulière en France est également requise des étrangers pour bénéficier des différentes formes *d'aide juridique* (L. 10 juil. 1991, art. 3 et D. 19 déc. 1991).

182-2. Mesures d'assistance. – A la différence des prestations de sécurité sociale, les aides financières d'origine fiscale ont été le plus souvent réservées aux Français, sauf lorsqu'elles répondaient à des considérations élémentaires d'humanité.

Ainsi, après les guerres, ont été réservés aux Français la réparation des dommages de guerre(1), les avantages divers accordés aux rapatriés(2), le bénéfice de

---

182-1. (6) V. sur les modalités de financement du fonds, la note Ch. Gavalda, R. 1959.477; sur la situation des ayants droits de la victime, la rép. min. R. 1959.768. *Adde* Paris 17 oct. 1967, R. 1968.283, note Simon-Depitre, maintenu par Crim. 20 mai 1969, R. 1970.67, D. 1969.589. La réciprocité est réservée. Des accords de réciprocité ont été conclus avec le Luxembourg, la Belgique et la Suisse, R. 1968.752, ainsi qu'avec la Tunisie (R. 1970.535) et la Maroc (R. 1978.171). Pour les Espagnols, v. Trib. gr. inst. Paris 25 juin 1969, J.C.P. 1970.I.16574, note Claeys, J. 1971.826, note Bigot, qui paraît entendre « trait pour trait » le traité de 1862 (n. 186-2). Pour les Algériens, v. Civ. 1re, 20 nov. 1979, G.P. 1980.1.Som.141. Cf. dans le même ordre d'idées les lois sur la révision de certaines rentes viagères au *Rép. Dalloz de dr. int.*, v° *Étranger*, par Maury et Lagarde, n. 103.

(7) Art. 706-3 c. proc. pén. Sur la L. 6 juil. 1991, v. Favard et Guth, J.C.P. 1990.I.3466, spéc. n. 3; Civ. 2e 21 juil. 1992, D. 1992.I.R.245. Sur le régime antérieur, condamné par la Cour de just. des com. europ. (2 fév. 1989, R. 1990.83, note M. Simon-Depitre, J. 1989.417, chr. Boutard-Labarde, J.C.P. 1989.II.21304, note Calvet et Huglo), v. Crim. 9 fév. 1983, R. 1983.641, note Simon-Depitre (refus à la veuve d'un Algérien titulaire d'un certificat de résidence): Civ. 2e, 10 fév. 1986, J.C.P. 1987.IV.62 (refus à un Turc titulaire d'une carte consulaire). Pour les victimes d'actes de terrorisme, v. L. 9 sept. 1986, art. 9 et Conv. europ. 24 nov. 1983 (décr. 29 mai 1990, R. 1990.582).

182-2. (1) L. 17 avril 1919, Ord. 2 nov. 1945, L. 28 oct. 1946. La protestation de la Suisse à la Société des Nations en 1934 contre le refus d'indemnisation à ses ressortissants est restée sans effet, v. Maupas, J. 1935.277, 1936.560. V. sur l'ensemble de la question Maury et Lagarde, *Rép. Dalloz de dr. int.*, v° *Dommages de guerre*. Sur la réparation des dommages de guerre subis par les Français à l'étranger, v. R. 1948.548, L. 3 avril 1955, D. 20 déc. 1955. La L. 18 juin 1956 a apporté certains tempéraments à l'exclusion.

On peut rapprocher des mesures d'assistance le droit d'*affouage*, c'est-à-dire de prendre du bois de chauffage sur les biens communaux. Les étrangers ne pouvaient y prétendre que s'ils étaient admis à domicile (art. 105 ancien, C. forestier); ils en sont donc exclus depuis la suppression de l'admission à domicile: Cons. d'État 20 janv. 1933, R. 1935.396. L'exclusion était passée dans le nouveau Code forestier (art. L. 145-4, D. 25 janv. 1979) mais elle a disparu dans la rédaction de la L. 4 déc. 1985. Sur ses motifs, v. la rép. min., R. 1978.395.

(2) La L. 26 déc. 1961, relative à l'accueil et à la réinstallation des Français d'outre-mer réserve ses avantages aux Français ainsi qu'aux « étrangers dont l'activité ou le dévouement justifient cette extension ». V. D. 4 sept. 1962, L. 26 déc. 1964 et ses décrets d'application du 2 septembre 1965 qui se réfèrent au D. 4 sept. 1962. *Adde* la rép. min., R. 1967.608. Sur la date à laquelle la nationalité française doit avoir été possédée, v. Trib. adm. Pau 13 mars 1968, G.P. Somm. 23 août 1968. Sur le même problème concernant la L. 10 juil. 1965 (accession au régime vieillesse), v. Soc. 22 nov. 1978, J.C.P. 1979.IV.35. Sur la compatibilité des

l'adoption par la nation(3). De même, sauf convention internationale de réciprocité, les avantages de vieillesse « non contributifs »(4), qui viennent compléter la pension d'assurance vieillesse de la Sécurité sociale, sont en principe réservés aux Français résidant sur le territoire français. Il en est encore de même de l'aide aux handicapés adultes (L. 13 juil. 1971 et 30 juin 1975) considérée « en l'absence de toute convention internationale et de toute disposition législative permettant de l'attribuer à des étrangers », comme réservée aux Français résidant en France (Circ. 8 sept. 1972, n. 31121, J.O. 22 sept.). Cette interprétation du texte, contraire à celle qui résulterait de l'article 11 du Code civil (n. 177), montre que ces mesures sociales d'origine fiscale se situent déjà en dehors du droit privé. V. de même la L. 13 juil. 1972, art. 21, sur les mesures en faveur des commerçants et artisans âgés.

En revanche, pour des raisons humanitaires évidentes mais aussi dans l'intérêt bien compris de la santé publique, les étrangers ont toujours été admis dans les *hôpitaux* comme les Français. L'administration se fondait sur ce que la loi du 7 août 1851 disposait en termes généraux que le malade privé de ressources est admis dans les hôpitaux sans condition de domicile; mais cette interprétation impliquait précisément qu'à défaut de texte exprès en sens contraire l'assistance bénéficie aux étrangers comme aux Français. La loi du 24 août 1993 fait une distinction entre l'aide médicale hospitalière (à laquelle est assimilée sur ce point l'aide sociale à l'enfance), accordée aux étrangers dans le besoin sous la seule condition de résidence en France, et l'aide médicale à domicile, accordée aux étrangers, sauf dérogation en cas de circonstances exceptionnelles, seulement s'ils séjournent régulièrement en France ou s'ils y résident (même irrégulièrement) de manière ininterrompue depuis au moins trois ans (art. 186 nouveau c. famille et aide soc., réd. L. 24 août 1993). La résidence régulière en France est exigée pour bénéficier des autres formes d'aide sociale, contrairement au droit antérieur(5). Sont également accordés aux étrangers résidant en France le revenu minimum d'insertion (loi 1er déc.

D. 2 sept. 1965 avec les conventions internationales du travail, v. Soc. 11 févr. 1971, *Bull. civ.*, 1971.V, n. 116, J. 1971.568, chr. Ruzié. Sur la qualification des mesures prévues par la L. 26 déc. 1964 au regard de l'application de divers traités internationaux, v. Cons. d'État 25 juil. 1975, R. 1976.60 et la note Valticos; Soc. 16 févr. 1977, J. 1978.301, note Tillhet-Pretnar; 17 mai 1978, J.C.P. 1978.IV.219. V. aussi la L. 15 juil. 1970 sur l'indemnisation des Français dépossédés. En revanche, les mesures de protection juridique instituées en faveur des rapatriés bénéficient aujourd'hui aux étrangers, depuis la L. 6 juil. 1966, modifiant sur ce point la L. 11 déc. 1963. V. aussi, pour les victimes étrangères de dommages physiques subis en Algérie, le D. 25 avril 1969 (R. 1969.342). L'arrêt du 16 févr. 1977, précité, se réfère à la « solidarité nationale ».

182-2. (3) D. 24 févr. 1951, art. 464; cf. Paris 1er oct. 1960, R. 1962.Som.731.

(4) Allocation aux vieux travailleurs salariés L. 14 mars 1941 et Ord. 2 nov. 1945, art. L. 811-1 et s. C. Séc. soc.; cf. Civ. 2 juin 1961, J. 1963.450; allocation aux mères de famille, D. 19 juil. 1946, art. L. 813-1, C. Séc. soc.; secours viager, art. L. 811-11. C. Séc. soc.; allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité, L. 30 juin 1956, art. L. 815-2. C. Séc. soc., cf. refusant cet avantage aux apatrides, Civ. 13 avril 1967, *Bull. civ.*, II, n. 143. *Adde* sur l'allocation spéciale de vieillesse aux non-salariés, L. 10 juil. 1952, art. L. 643-8 C. Séc. soc., Civ. 13 nov. 1959, D. 1960, Som.48; Civ. 2e, 26 oct. 1967, J. 1968.353, obs. Ribettes-Tillhet.

(5) V. les rép. min. R. 1987.860 et 1990.585.